Die Unterschiede zwischen einem gemeinschaftlichen Testament und einem Erbvertrage.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

eingereicht und mit Genehmigung derselben veröffentlicht

von

Alfons Proske

Referendar in Ratibor.

AGAD. BIBL

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1905.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Fischer.
Korreferent: Professor Dr. Beyerle.

Jörs, Prodekan.

Meinem Vater in Dankbarkeit gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543101_0130

Inhaltsübersicht.

Seite

§ 1. Einleitung: Die Entstehungsgeschichte des gemeinschaftlichen Testaments und des Erbvertrages . . . 1

Erster Teil.

Der Unterschied in der rechtlichen Eigenart des gemeinschaftlichen Testaments und des Erbvertrages.

§ 2. Die Rechtsnatur des gemeinschaftlichen Testaments . . 6

Die Rechtsnatur des Erbvertrages.

§ 3. Der einseitige Erbvertrag 9
§ 4. Der zweiseitige Erbvertrag 24
§ 5. Der Rücktrittsvorbehalt beim Erbvertrag 25

Zweiter Teil.

Die Unterschiede im einzelnen.

§ 6. Zulässigkeit 30
§ 7. Voraussetzungen in der Person der Beteiligten 32
§ 8. Form 34
§ 9. Inhalt 39

Korrespektivität.

§ 10. Voraussetzungen der Korrespektivität 40
§ 11. Wirkung der Korrespektivität vor dem Tode des Erstversterbenden 43
§ 12. Wirkung der Korrespektivität nach dem Tode des Erstversterbenden 43

Wirkungen.

§ 13. Wirkung für die Bedachten 51

Seite

§ 14. Wirkung auf die Fähigkeit der Erblasser zu Rechtsgeschäften unter Lebenden 52
§ 15. Wirkung auf frühere und spätere letztwillige Verfügungen 56
§ 16. Einfluß von Willensmängeln 60
§ 17. Anfechtung 61
§ 18. Aufhebung 63
§ 19. Ergebnis 65

Einleitung.

§ 1.

Die Entstehungsgeschichte des gemeinschaftlichen Testaments und des Erbvertrages.

Der dem gemeinschaftlichen Testament in der Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuches übergeordnete Begriff ist der Begriff Testament. Testament ist die einseitige, frei widerrufliche Verfügung von Todeswegen. Unter einem gemeinschaftlichen Testament versteht man die Vereinigung der Testierakte zweier Eheleute.[1]) Ein gemeinschaftliches Testament enthält also die testamentarischen Verfügungen zweier Personen, zunächst zwei einseitige Rechtsgeschäfte, die äußerlich miteinander verbunden sind.

Der **römische** Rechtsverkehr kannte gemeinschaftliche Testamente nicht.

Aus den beiden Quellenstellen,[2]) die scheinbar über ein gemeinschaftliches Testament handeln, läßt sich kein Schluß auf die allgemeine Anerkennung und Anwendung gemeinschaftlicher Testamente ziehen. Ein gemeinschaftliches Testieren würde vielmehr mit den römischen Anschauungen über das Wesen des Testierens als eines rein einseitigen Aktes, mit der römischen Familienverfassung, auch mit dem ehelichen Güterrecht, dem der Grundsatz

---

[1]) B.G.B. § 2265.

[2]) c. 19 C. de pactis 2,3 und Novellae constitutiones imperatorum Theodosii II etc. instruxit; G. Haenel, Nov. Vallent. III Tit. 20, 1.

der Gütertrennung zugrunde liegt,[1]) nicht harmoniert haben.[2]) Das römische Recht ist lediglich auf Einzeltestamente zugeschnitten.

Im älteren **deutschen** Recht kannte man keine gewillkürte Erbfolge, daher auch keine Testamente.[3])

Jedoch entwickelten sich sogenannte Vergabungen von Todeswegen.

Demjenigen, den man bedenken wollte, übertrug man Nachlaßgegenstände unter Lebenden, später auch das ganze Vermögen. Zum Zwecke des lebenslänglichen Genusses ließ man sich das Vergabte aber wieder zurückübertragen.[4])

Durch diese Vergabungen erhielt der Bedachte ein sofortiges dingliches Recht an den vergabten Gegenständen.[5]) Dies ist auch für die spätere Entwicklung festzuhalten, als die Wirkung des Rechtsgeschäfts auf den Tod des Vergabenden verlegt wurde, und der Widerruf vorbehalten werden konnte.[6]) Darin besteht ein Hauptunterschied zur römischen letztwilligen Verfügung, dem Testament, das für den Bedachten noch keinerlei Recht begründet.

Die Vergabungen von Todeswegen kamen besonders häufig als wechselseitige unter Eheleuten vor.[7])

---

[1]) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts 8. Aufl. bes. v. Kipp III § 491 S. 5 A. 3.

[2]) Otto Fischer, Zur Lehre von den gemeinschaftlichen Testamenten der Eheleute, im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 6 S. 62.

[3]) Tacitus, Germania c. 20.

[4]) Form. Lindenbr. 13 ed. Zeumer p. 275/276; lex Salica XLVI, de acfatmire, lex Rib. 48/49; Beseler, Lehre von den Erbverträgen 1835—1840 I S. 34ff.

[5]) Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts V § 298 S. 177; Huber, Schweizerisches Privatrecht IV §§ 143, 144.

[6]) Beseler a. a. O. S. 91f. Nr. 43, 44.; Pauli, Abhandlungen aus dem Lübischen Rechte III S. 182ff; Stobbe a. a. O. V § 298 S. 175 ff.

[7]) Schröder, Geschichte des ehelichen Güterrechts I S. 157ff.; Demuth, Die wechselseitigen Verfügungen von Todeswegen nach

Den deutschen Verfügungen von Todeswegen ist der Vertragscharakter, die Bindung der Parteien, sowie die Zweiseitigkeit bezw. Gegenseitigkeit eigen, während das römische Testament streng einseitig und frei widerruflich ist.

Diese tief eingewurzelten Eigentümlichkeiten der deutschen Verfügungen von Todeswegen konnte auch das römische Recht bei seinem Eindringen in Deutschland nicht verdrängen.

Dagegen fand die römische Form für letztwillige Verfügungen und damit auch der Gedanke, daß durch die Verfügung von Todeswegen für den Bedachten nicht ein sofortiges Recht, sondern nur die Anwartschaft auf ein Recht begründet werden soll, schnell Eingang. Im übrigen wurden aber die alten Gewohnheiten auch auf die neue Form für Verfügungen von Todeswegen übertragen. So sind aus der Gewohnheit, wechselseitige Verfügungen von Todeswegen zu treffen, wechselseitige Testamente in Übung gekommen.[1]) Indessen machte die rechtliche Behandlung

---

alamannisch-zürcherischem Recht in Gierkes Untersuchungen usw. 65. Heft 1901 S. 5ff.; Stobbe a. a. O. V § 299 S. 192ff.

[1]) Beseler a. a. O. II S. 328. Der Verfasser hat „Lüneburgs ältestes Stadtbuch und Verfestungsregister" (Quellen und Darstellungen zur Geschichte Niedersachsens) Bd. 8, herausgegeben von Wilhelm Reinecke 1903, sowie das mecklenburgische und lübische Urkundenbuch durchgesehen. Aus den Urkunden der Zeit, in der sich die gegenseitigen Vergabungen von Todeswegen im Übergangsstadium zur Entwicklung zu wechselseitigen Testamenten und Erbverträgen befinden, läßt sich nicht klar erkennen, ob man es noch mit einer wechselseitigen Vergabung von Todeswegen oder schon mit einem gemeinschaftlichen Testament zu tun hat. Die gebrauchten Ausdrücke (dare, resignare u. a.) lassen auf Vergabungen schließen. Der Inhalt deutet aber auf ein Testament hin, besonders wenn die Verfügungsfreiheit über das Vermögen unter Lebenden vorbehalten wird. In Lüneburgs ältestem Stadtbuch findet sich S. 176/77 ein gemeinschaftliches Testament zweier Brüder aus dem Jahre 1323. Aus dem mecklenburgischen Urkundenbuch sind bemerkenswert aus dem 1. Bd.

der wechselseitigen Testamente von Anbeginn große Schwierigkeiten, insbesondere hinsichtlich der Wechselbeziehung der beiderseitigen Verfügungen. Denn diese beiderseitigen Verfügungen sind in der geschichtlichen Entwicklung in erster Linie auf ein gegenseitig vertragsmäßiges Geschäft, die deutschen wechselseitigen Vergabungen, zurückzuführen, andererseits aber sind sie in die römische Form letztwilliger Verfügungen, in ein Testament, eingekleidet. Aus dieser Feststellung folgt, daß das gemeinschaftliche Testament nicht einseitig nur nach römischem Testamentsrecht behandelt werden darf.

Wie sich im Verlaufe der Arbeit zeigen wird, übersah man jedoch unter der Herrschaft des gemeinen Rechts über der Form das innerste Wesen, den Vertragscharakter, des wechselseitigen Testaments, und es kostete einen harten Kampf bis zur neusten Gesetzgebung, ehe das gemeinschaftliche Testament der Sache nach, wenn auch immer noch nicht nach der formellen und systematischen Seite, die Behandlung erfuhr, die es seinem Wesen nach verdient.

Wie die gemeinschaftlichen Testamente, so verdanken auch die Erbverträge ihren Ursprung in erster Linie deutschen Rechtsgewohnheiten.

Unter einem Erbvertrage versteht man heute einen Vertrag, durch den der Erblasser einen Erben einsetzt, Vermächtnisse oder Auflagen anordnet.[1])

Nach römischem Recht galt eine vertragsmäßige Bindung des letzten Willens als unsittlich.[2]) Dagegen ist oben gezeigt worden, daß den deutschen Verfügungen von Todeswegen grade der Vertragscharakter eigentümlich ist. Auch ist oben bereits darauf hingewiesen

---

Nr. 653, 2. Bd. Nr. 937, 8. Bd. Nr. 5067, 13. Bd. Nr. 7639, 14. Bd. Nr. 8665; aus dem Lübischen Urkundenbuch 1. Bd. DCXXXIV S. 573.

[1]) B.G.B. § 1941.

[2]) l. 61 Dig. 45,1.

worden, daß das römische Recht die deutsche Gewohnheit, vertragsmäßige, bindende Geschäfte von Todeswegen abzuschließen, nicht verdrängen konnte. Diese Gewohnheit blieb auch in Übung, nachdem bereits die Anwendung der römischen Form für letztwillige Verfügungen, des Testaments, Eingang gefunden hatte. Jedoch wurde auch auf dieses alte vertragsmäßige Geschäft der neue herrschend werdende römische Gedanke, daß für den Bedachten nicht ein sofortiges Recht, sondern nur die Anwartschaft auf ein Recht begründet werde, übertragen.[1]) Das aber übersah man und verkannte unter dem Einfluß des römischen Vertragsrechts und im Anschluß an die alten Vergabungen von Todeswegen lange Zeit den Inhalt des Erbvertrages. Man hielt denselben für einen Schuldvertrag, der Nachlaßsachen zum Gegenstande habe.[2])

Erst seit Hasse und Beseler wurde die Auffassung, daß der Erbvertrag im wesentlichen auch nur denselben Inhalt habe wie ein Testament, allgemein.[3])

Die Einsicht in die rechtliche Eigenart des gemeinschaftlichen Testaments und des Erbvertrages wird gefördert werden, wenn man die Unterschiede zwischen beiden Instituten festzustellen sucht. Besondere Berücksichtigung verdient dabei der Erbvertrag, in dem beide Teile unter Vorbehalt des Rücktritts vertragsmäßige Verfügungen getroffen haben. Denn ein solcher ist offenbar dem gemeinschaftlichen Testament inhaltlich am nächsten stehend.

Der Feststellung der Unterschiede im einzelnen ist eine allgemeine Erörterung über die Eigenart der zu vergleichenden Institute vorauszuschicken.

---

[1]) Beseler a. a. O II, 1 S. 152ff., 181ff.; Stobbe a. a. O. V § 310; Fischer a. a. O. S. 64/65.

[2]) Hommel, rhaps. quaest. I, 117; Berger, oec. jur. lib. I, tit. III th. 11.

[3]) Hasse, Über Erbvertrag usw. im Rheinischen Museum für Jurisprudenz II 1828, III 1893; Beseler a. a. O.

Erster Teil.

Der Unterschied in der rechtlichen Eigenart des gemeinschaftlichen Testaments und des Erbvertrages.

§ 2.

Rechtsnatur des gemeinschaftlichen Testaments.

Das gemeinschaftliche Testament stellt sich zunächst lediglich als die äußere, formelle Verbindung der Testamente zweier, früher auch mehrerer, Personen in einem Testamente dar.

Die Verfügungen des einzelnen Erblassers sind also einseitige Rechtsgeschäfte. An und für sich bedarf ein Teil zu seiner Verfügung nicht der Zustimmung des Mittestierenden.

Da aber die Verfügungen gemeinschaftlich getroffen werden, so ist es denkbar, daß sie nach dem Willen der Testatoren auch innerlich zusammenhängen sollen. Dies wird dann zu vermuten sein, wenn der eine seine Verfügung mit Rücksicht auf die des andern trifft, m. a. W., wenn der eine den Bestand seiner Verfügung von dem Bestande der Verfügung des andern abhängig macht.[1]) In der älteren gemeinrechtlichen Doktrin berücksichtigte man diesen vermutlichen Willen der Testatoren gar nicht,

[1]) Das gegenseitige Abhängigkeitsverhältnis wurde von jeher allgemein mit „Korrespektivität“ bezeichnet.

sondern rechnete nur mit der Tatsache, daß bei einem gemeinschaftlichen Testament, vom römischen Recht aus betrachtet, zwei einseitige, streng zu sondernde Rechtsgeschäfte vorlägen, von denen somit das eine ohne jeden Einfluß auf das andere sei.[1])

Man empfand aber frühzeitig, daß dies nicht der Billigkeit entspreche. Es entwickelte sich daher, trotz heftiger Gegnerschaft von Vertretern der Theorie, allmählich in der Rechtsprechung der Grundsatz, daß gemeinschaftliche Testamente der Eheleute — denn fast nur unter diesen waren sie in Übung —, in welchen sich dieselben gegenseitig allein oder mit anderen zu Erben einsetzen oder sich den lebenslänglichen Genuß ihres Nachlasses zuwenden und auf den Fall des Todes des Letztlebenden gemeinschaftliche oder inhaltlich übereinstimmende Verfügungen treffen, auch ohne besondere Bestimmung der Testatoren für korrespektiv zu erachten seien, sofern sich nicht das Gegenteil aus den Umständen ergibt.[2])

Die Konstruktion dieses Abhängigkeitsverhältnisses machte jedoch große Schwierigkeiten, da man es durchaus mit dem römischen Recht in Einklang bringen zu müssen glaubte. So meinte man sich denn mit der Konstruktion helfen zu können, es sei zu unterstellen, daß jeder Erblasser die Bedingung setze, seine Verfügung solle von der des anderen abhängig sein.[3])

Von dieser Konstruktion aus hat aber Hartmann[4]) die Ansicht von der Korrespektivität der Verfügungen

[1]) Hartmann, Zur Lehre von den Erbverträgen und von den gemeinschaftlichen Testamenten, Braunschweig 1860, S. 125.

[2]) Brinz, Pandekten III § 370; Stobbe a. a. O. V § 307; Fischer a. a. O. S. 60 ff.; Glück Pandektenkommentar 38 S. 227; Windscheid a. a. O. III S. 568 Art. 4; Dernburg, Pandekten III § 97.

[3]) Thibaut, Pandekten 8. Aufl. § 955; Hartmann a. a. O. S. 127 f., 129 A. 1.

[4]) Hartmann a. a. O. S. 129 ff.

als völlig verfehlt angegriffen. Hartmann, der die gemeinschaftlichen Testamente auch nur nach römischem Recht behandelt wissen will, ist der Ansicht, daß die ausdrückliche oder stillschweigende Setzung der Bedingung gegenseitiger Abhängigkeit unzulässig sei, weil sie gegen das Verbot kaptiöser Verfügungen verstoßen würde.[1]) Indessen kann man dem gemeinschaftlichen Testament, wie bereits oben in der Einleitung festgestellt worden ist, von einseitig romanistischem Standpunkte aus unmöglich gerecht werden.

Vielmehr muß man, um das Verhältnis der beiderseitigen Verfügungen zueinander zu verstehen, die vollständige geschichtliche Entwiklung des gemeinschaftlichen Testaments genügend würdigen.

Die gemeinschaftlichen Testamente sind aus der deutschen Gewohnheit, gegenseitige vertragsmäßige Verfügungen von Todeswegen zu treffen, also aus den wechselseitigen Vergabungen von Todeswegen entstanden.

Zweifellos sollte nach der Anschauung des Volkes der rechtliche Charakter der wechselseitigen Vergabungen von Todeswegen, vor allem also die Vertragsmäßigkeit, auf die gemeinschaftlichen Testamente übertragen werden. Vom römischen Standpunkte aus war das freilich ganz zu verwerfen, da es die Übertragung von Vertragsgrundsätzen auf streng einseitige Geschäfte bedeutet.

Durch die Verbindung deutscher und römischer Rechtsgedanken ist im gemeinschaftlichen korrespektiven Testament ein Geschäft besonderer Art entstanden. Es enthält zwar formell einseitige, äußerlich unabhängige Geschäfte, tatsächlich stellt es sich jedoch als gegenseitiger Vertrag dar. Denn die gegenseitige Abhängigkeit ist auf eine Willenseinigung beider Erblasser zurückzuführen. Allerdings gibt sich diese Willenseinigung nicht direkt als

---

[1]) l. 70 D. de hered. inst. 28, 5; Hartmann a. a. O. S. 130.

solche kund, vielmehr sind die Willenserklärungen der Testatoren an sich einseitige, unabhängige Rechtsgeschäfte. Aus ihrer Verbindung und ihrem Inhalt ist jedoch auf eine Wechselbeziehung zwischen ihnen und damit auf eine Willenseinigung der Parteien zu schließen. In der Willenseinigung zweier Parteien, gerichtet auf einen rechtlich erlaubten Erfolg, liegt aber das Wesen des Vertrages.[1])

Man wird daher dem korrespektiven Testamente nur dann gerecht werden können, wenn man es in erster Linie von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet.

Im heutigen Recht ist das Abhängigkeitsverhältnis der beiderseitigen Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments ausdrücklich anerkannt.[2])

Rechtsnatur des Erbvertrages.

§ 3.

Der einseitige Erbvertrag.

Die Konstruktion der rechtlichen Natur des einseitigen Erbvertrages war von jeher streitig. Bis zu Hasse bezw. Hartmann war man sich wohl darüber einig, daß es sich um ein formell und materiell einheitliches Geschäft, um einen Vertrag im wahren Sinne des Wortes handele.[3]) Nur über den Gegenstand des Vertrages gingen die Ansichten auseinander.

Ursprünglich hielt man ihn im Anschluß an die alten Vergabungen von Todeswegen für einen Vertrag, der den Nachlaß zum Gegenstande habe.[4]) Seit Beseler[5]) gewann

[1]) vgl. unten die Ausführungen über die Rechtsnatur des einseitigen Erbvertrages.

[2]) §§ 2270, 2271 B.G.B.

[3]) Hartmann a. a. O. S. 28 f.

[4]) Hartmann a. a. O. S. 28.

[5]) Beseler a. a. O.

die Auffassung die Oberhand, daß dieser Vertrag die Erbeinsetzung (bezw. ein Vermächtnis) des Vertragsgegners oder eines Dritten in die Erbschaft als Ganzes oder einen Bruchteil zum Gegenstande habe. Doch blieb man bei der Ansicht, der Vertragsgegner bezw. der Dritte erwerbe sofort ein festes Recht im Gegensatz zu dem in einem Testament Bedachten, für den nur eine Anwartschaft auf ein Recht begründet werde.[1]) Man wollte sich offenbar mit den römischen Vertragsgrundsätzen nicht in Widerspruch setzen. Das aber ist der Ausgangspunkt für die Hartmannschen Angriffe gegen die zu seiner Zeit herrschende Auffassung des Erbvertrages als eines echten Vertrages und die Aufstellung seiner Theorie, daß der Erbvertrag in Wahrheit aus zwei selbständigen Rechtsgeschäften bestehe, nämlich einem Testament und einem Widerrufsverzichtsvertrag.[2]) Hartmann geht davon aus, daß der sogen. Vertragserbe kein sofortiges wirksames Recht erwerbe, deshalb schon müsse man dem Erbvertrag als solchem den Charakter eines wahren Vertrages absprechen.[3]) Daß kein sofortiges Recht begründet wird, muß zugegeben werden. Daraus ist aber noch nicht der weitere Schluß zu ziehen, den Hartmann zieht. Die Frage, ob der Schluß Hartmanns richtig ist, hängt vom Vertragsbegriff ab. Hartmann fordert, es müsse dem Vertragsgegner ein unmittelbares, gegenwärtiges Recht erworben werden. Ein Vertragsbegriff mit dieser Forderung aber stellt sich wohl als eine Abstraktion aus den römischen Kontrakten dar — denn ihnen sind unmittelbare rechtliche Geschäftswirkungen eigen —, entspricht jedoch nicht deutschen Rechtsanschauungen.

Der Begriff „Vertrag“ ist zunächst ein allgemeiner Rechtsbegriff, unabhängig von dem besonderen Wesen, das

[1]) Beseler a. a. O. II, 1 S. 265 ff.
[2]) Hartmann a. a. O. S. 1 ff.
[3]) Hartmann a. a. O. S. 2.

den Verträgen erst auf Grund einer bestimmten Rechtsordnung eigentümlich ist.

So bedeutet Vertrag im allgemeinen Sinne die Willenseinigung zweier oder mehrerer Parteien, gerichtet auf einen rechtlich erlaubten Erfolg. Der Vertrag bildet als zweiseitiges Rechtsgeschäft den Gegensatz zum einseitigen.[1])

Windscheid[2]) charakterisiert das zweiseitige Rechtsgeschäft folgendermaßen: „Der von einem erklärte Wille muß durch die Willenserklärung des anderen ergriffen und festgehalten werden. Das zweiseitige Rechtsgeschäft heißt mit einem geläufigeren Namen Vertrag.“ Auf den Inhalt der Willenserklärungen kommt es also nicht an, durch ihn wird das Wesen des Vertrages nicht berührt. So können zwei Personen auch einen Vertrag des Inhalts abschließen, daß der eine Erbe des andern oder daß er ein Vermächtnis erhalten soll.

Ich glaube, schon aus diesen allgemeinen Erwägungen, nämlich, daß auch beim Erbvertrag die Urform aller Verträge, der Zusammenschluß zweier selbständiger Willen, vorliegt, ergibt sich, daß der Erbvertrag als Vertrag im wahren Sinne anzusehen ist.

Hartmann kommt zur Aufstellung seiner Theorie aber noch auf Grund folgender Erwägungen:

Zum Erwerb des Erbrechts müssen außer dem Tode des Erblassers drei Tatsachen vorliegen: Erbeinsetzung, Antretung und schließlich eine negative Tatsache, nämlich Nichtwiderruf der Erbeinsetzung.[3]) Das ist richtig, aber das negative Moment braucht nach der hier vertretenen Auffassung des Erbvertrages nicht noch besonders hervorzutreten. Es ist bereits dadurch gegeben, daß die Erbeinsetzung vertragsmäßig erfolgt ist. Dieses negative

[1]) vgl. Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches I S. 127.

[2]) Windscheid a. a. O. I § 69.

[3]) Hartmann a. a. O. S. 4f.

Moment, die Unwiderruflichkeit, ist von vornherein in jedem Vertrage enthalten, ist durch die Natur dieses Geschäftes begründet.

Stobbe[1]) bemerkt zu dieser Zergliederung des Erbvertrages nach der Hartmannschen Theorie treffend folgendes: „Die bekämpfte Auffassung würde in ihrer Konsequenz dazu führen, daß Verträge überhaupt in einseitige Erklärungen aufzulösen seien, denen ein weiterer Vertrag des Inhalts hinzuträte, daß kein Kontrahent seine einseitigen Erklärungen ohne Genehmigung des andern zurückziehen dürfe.“ Ein Beispiel für diese Konsequenz gibt Windscheid.[2]) Er sagt: „Ebenso könnte man die Tradition oder den obligatorischen Vertrag zerlegen in 1. die einseitige Erklärung, der Gegner solle Eigentümer bezw. Gläubiger werden, 2. den vertragsmäßigen Verzicht auf den Widerruf dieser Erklärung.“ —

Der Widerrufsverzichtsvertrag ist also kein besonderer Bestandteil des Geschäfts, sondern die Gebundenheit ist die notwendige, selbstverständliche Folge der Geschäftsform, des Vertrages.

Schon nach den in vorstehendem angestellten allgemeinen Erwägungen über den Vertragsbegriff würde der einseitige Erbvertrag auch im heutigen Recht als wahrer Vertrag anzusehen sein.

Das Bürgerliche Gesetzbuch setzt den Begriff des Vertrages voraus. —

Es wird jedoch vereinzelt die Ansicht vertreten, daß die Konstruktion des Erbvertrages als eines wahren Vertrages fürs heutige Recht nicht aufrecht erhalten werden könne, weil die gesetzliche Regelung des Erbvertrages ihr widerspreche. So glaubt besonders Hellwig die Hartmannsche Theorie im Bürgerlichen Gesetzbuch bestätigt

---

[1]) Stobbe a. a. O. Bd. 5 § 311 S. 283.
[2]) Windscheid a. a. O. III § 529 A. 3.

zu finden.[1]) Bevor die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches, auf die Hellwig seine Ansicht stützt, geprüft werden, soll erst untersucht werden, ob auch das Argument, das Hellwig zunächst aus allgemeinen Erwägungen gegen die hier vertretene Auffassung von der rechtlichen Natur des Erbvertrages führt, stichhaltig ist.

Hellwig erblickt nämlich im Erbvertrage schon deshalb nicht einen neuen, andersartigen Delationsgrund als das Testament, weil bei beiden die Zuwendung von Todeswegen lediglich auf dem Willen des Erblassers beruhe,[2]) m. a. W., weil auch beim Abschluß des Erbvertrages wie bei der Errichtung des Testaments im Grunde genommen nur der Erblasser „verfügt".

Ebenso könnte man aber auch bei anderen Verträgen sagen, daß im Grunde genommen nur der eine Kontrahent „verfüge", z. B. beim Eigentumsübertragungsvertrag nur der Eigentümer, beim Schenkungsvertrag nur der Schenker. Auch die Eigentumsübertragung und Schenkung beruhen insofern lediglich auf dem Willen des Eigentümers bezw. Schenkers.

Ebensowenig aber wie dem Eigentumsübertragungs- und Schenkungsvertrag ist deshalb dem Erbvertrag der Charakter eines Vertrages abzusprechen.

Der Unterschied des Erbvertrages zum Testament, dem einseitigen Rechtsgeschäft, besteht darin, daß beim Erbvertrag der Wille des einzelnen für den Erfolg keine besondere Rolle spielt, sondern die Willenseinigung beider Kontrahenten den Berufungsgrund schafft.

Aus dem Gesetz entnimmt Hellwig gegen die Auffassung des Erbvertrages als eines einheitlichen Vertrages zunächst folgendes Argument. Er sagt: „Wäre der Erbvertrag auch materiell ein einheitliches Geschäft, durch

---

[1]) Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 591 ff.

[2]) Hellwig a. a. O. S. 598 f.

welches die Mitwirkenden zusammen eine Verfügung von Todeswegen errichten, so müßte der allgemeine Grundsatz Anwendung finden, daß eine solche Verfügung beiderseits nur in Person, nicht durch Vertreter getroffen werden könne, ebenso müßten beide Vertragschließende testierfähig sein, das Gegenteil aber gelte.“ [1])

Meines Erachtens wäre es eine ganz willkürliche Forderung, daß die Testamentsgrundsätze auf beide Parteien eines einseitigen Erbvertrages Anwendung finden müßten. Mit Recht regelt vielmehr das Bürgerliche Gesetzbuch die persönlichen Erfordernisse für beide Teile verschieden, entsprechend der verschiedenen Bedeutung der Rollen, die beide beim Vertragsschlusse spielen. Auf seiten des Erblassers steht dabei mehr auf dem Spiele als auf seiten des bloß annehmenden Vertragsgegners. Die Verfügung, die durch den Erbvertrag getroffen wird, geht von der Interessensphäre des Erblassers aus. [2]) Da aber die Verfügung des Erblassers beim Erbvertrag inhaltlich dieselbe ist wie die in einem Testament getroffene, so ist es erklärlich und nötig, daß das Gesetz für den Vertragserblasser möglichst dieselben persönlichen Erfordernisse aufstellt wie für den Testamentserblasser. Sie auch für den andern Vertragsteil aufzustellen, liegt gar keine Veranlassung vor.

Hellwig weist ferner darauf hin, daß Konversion des Erbvertrages in ein Testament zulässig sei. [3]) Hellwig folgert nun, wäre der Erbvertrag ein einheitlicher Vertrag, so sei eine Konversion nicht möglich, denn ein Vertrag könne, wenn z. B. der Versprechensempfänger handlungsunfähig sei, nicht als einseitiges Versprechen aufrecht erhalten werden. Diese Folgerung wäre richtig, wenn sie

---

[1]) Hellwig a. a. O. S. 600 III.

[2]) vgl. die Ausführungen S. 13.

[3]) Motive V S. 317; Schiffner, Der Erbvertrag nach dem B.G.B. § 53; Hellwig a. a. O. S. 601 IV.

der Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuches über Konversion entspräche. § 140 B.G.B. lautet: „Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, daß dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde."

§ 140 ist so allgemein gehalten, daß sich aus dem Wortlaut desselben durchaus nichts gegen die Auffassung entnehmen läßt, ein nichtiger Vertrag könne als einseitiges Rechtsgeschäft aufrecht erhalten werden, wenn nur das fragliche einseitige Rechtsgeschäft möglich ist, und die Parteien den durch dieses zu erreichenden Erfolg gewollt haben. Ging also die Absicht der Parteien zweifellos dahin, wenigstens einen Delationsgrund zu schaffen, so wird ein nichtiger Erbvertrag als Testament aufrecht erhalten werden können.[1])

Sodann beruft sich Hellwig noch darauf, daß „in" dem Erbvertrage jede überhaupt mögliche Verfügung von Todeswegen getroffen werden kann und im Zweifel mit Aufhebung des „Erbvertrages" auch hinfällig wird.[2]) Hellwig scheint besonderes Gewicht darauf zu legen, daß das Gesetz sagt: „in dem Erbvertrage".[3]) Meines Erachtens ist zweifellos, daß das Gesetz damit nur sagen will, es können neben den vertragsmäßigen Verfügungen auch einseitige getroffen werden. Diese Vorschrift ist leicht zu erklären. Sie entspringt rein praktischen Rücksichten und, wie ich glaube, ganz besonders dem Umstande, daß das B.G.B. den Erbvertrag als solchen nur auf bestimmte Verfügungen beschränkt;[4]) es ist lediglich ein Entgegenkommen dem Erblasser gegenüber, um ihm die Errichtung eines Testaments außer dem Erbvertrag zu ersparen.

---

[1]) vgl. auch B.G.B. § 2084.
[2]) Hellwig a. a. O. S. 603 V.
[3]) B.G.B. § 2299 Abs. 1.
[4]) B.G.B. § 2278 Abs. 2.

Wenn aber ein Erblasser von dieser Befugnis Gebrauch macht, dann ist in der Regel zu vermuten, daß für ihn die sämtlichen Verfügungen in einem gewissen engeren Zusammenhange stehen. Daher die Vorschrift des § 2299 Abs. 3 B.G.B., daß bei Aufhebung des Erbvertrages durch Vertrag oder Ausübung vorbehaltenen Rücktrittsrechts auch die einseitigen Verfügungen im Zweifel mit aufgehoben werden. Da aber die einseitigen, nicht vertragsmäßigen Verfügungen nicht notwendig mit dem Erbvertrage fallen müssen, so ergibt sich, daß ihre Verbindung mit ihm juristisch etwas rein Zufälliges, Formelles ist.

Die von Hellwig für seine Ansicht angeführten Gesetzesbestimmungen können also nicht gegen die Auffassung des Erbvertrages als eines einheitlichen Vertrages verwertet werden. Im Gegenteil enthält das Bürgerliche Gesetzbuch Bestimmungen, welche die von Hellwig vertretene Auffassung des Erbvertrages als eines Testamentes mit angehängtem Widerrufsverzichtsvertrage als unhaltbar kennzeichnen. — So weisen die Motive[1]) darauf hin, daß nach jener Auffassung ein nachträglich errichtetes, dem Inhalt des Erbvertrages widersprechendes Testament völlig gültig sein müßte, und die Testamentserben den Vertragserben nur obligatorisch auf Schadensersatz haften würden.[2]) Diesem Einwand begegnet Hellwig[3]) damit, er würde durchschlagend sein, wenn nicht das Gesetz dem Erbvertrage die in § 2289 B.G.B. normierte direkte Wirkung beilegen würde. Ich meine aber, daraus, daß das Gesetz dem Erbvertrag als Ganzem, nicht einem Teil des Geschäftes, eine solche „direkte“ Wirkung beilegt, folgt, daß der Erbvertrag auch im Sinne des Gesetzes als einheitliches Geschäft aufgefaßt sein will.

---

[1]) Mot. V S. 311/12.

[2]) Denn der Widerrufsverzichtsvertrag ist als ein obligatorischer Vertrag anzusehen.

[3]) Helwig a. a. O. S. 599/600.

Ferner spricht § 2281 B.G.B. von der Anfechtung des Erbvertrages durch den Erblasser. Bestände aber der Erbvertrag aus einem Testament und einem Widerrufsverzichtsvertrag, dann würde der Erblasser nur das letztere Geschäft anfechten können. Denn eine Anfechtung des Testaments seitens des Erblassers gibt es nicht. Das Testament müßte der Erblasser noch besonders aufheben.[1])

Dieselbe Wirkung wie die Anfechtung, nämlich Entkräftung des Erbvertrages als eines einheitlichen Geschäftes, hat auch der Aufhebungsvertrag und der Rücktritt vom Erbvertrag.[2]) Diese einheitliche Wirkung des Aufhebungsvertrages, der Anfechtung und des Rücktritts, erklärt Hellwig damit, daß diese Aufhebungsformen nichts anderes als den einseitigen Widerruf durch den Erblasser darstellen.[3]) Darauf ist zu erwidern, daß diese Aufhebungsmittel des Erbvertrages mit dem einseitigen Widerruf des Testaments wohl das gemein haben, daß auch sie die Verfügungen entkräften sollen; der Theorie, ihrem juristischen Wesen nach sind sie aber etwas anderes — entsprechend der Natur des Geschäftes, das sie treffen sollen. Wenn die Aufhebung des Erbvertrages auch äußerlich dem Widerruf eines Testamentes gleichkommt, so liegt das in der Natur der Sache, begrifflich sind die Aufhebungsarten eines Erbvertrages von denen eines Testamentes zu scheiden.[4]) Hellwigs Ausführungen beruhen auf dem schon oben erwähnten Gedanken, daß auch beim Erbvertrag wie beim Testament der eigentlich „Verfügende“ nur der Erblasser sei. Wie die Entstehung einer Verfügung von Todeswegen, so hänge auch der weitere Bestand der-

---

[1]) In Konsequenz seiner Theorie hat Hartmann das auch gefordert. S. 66.

[2]) B.G.B. §§ 2290, 2293.

[3]) Hellwig a. a. O. S. 628 ff., S. 636 f.

[4]) So besteht begrifflich auch kein Unterschied zwischen dem „Rücktritt“ nach § 2296 und der Aufhebung nach § 2297 B.G.B.

selben lediglich von dem Willen des Erblassers ab; wie die Errichtung, so könne auch die Aufhebung immer nur einseitig erfolgen.[1]) Dieser Gedanke ist aber irrig, denn oben ist festgestellt worden, daß es für das Wesen des Vertrages gleichgültig ist, welcher von den Kontrahenten der tatsächlich „Verfügende“ ist.

Der Aufhebungsvertrag eines Erbvertrages ist also ein wahrer Vertrag, da auch bei ihm die Willenseinigung zweier Parteien, gerichtet auf Herbeiführung eines Rechtserfolges, vorliegt. Die Anfechtung des Erbvertrages durch den Erblasser auf Grund der §§ 2281, 2078, 2079 B.G.B. ist stets wahre Anfechtung, nie Widerruf im Sinne von Testamentsaufhebung. Die Anfechtung kann nach § 2282 Abs. 2 auch durch einen Vertreter erfolgen. Wäre sie Widerruf eines Testaments, dann hätte man die Erscheinung, daß der Widerruf eines Testamentes durch einen Vertreter erfolgen könne.

Über den Rücktritt vom Erbvertrag wird weiter unten eingehend gehandelt werden.

Das schlagendste Argument gegen Hellwigs Ansicht, das B.G.B. stehe auf dem Standpunkt der Theorie Hartmanns, bietet § 2302 B.G.B. Er lautet: „Ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, eine Verfügung von Todeswegen zu errichten oder nicht zu errichten, aufzuheben oder nicht aufzuheben, ist nichtig.“

In diesem Paragraphen ist ausgesprochen, daß die Zerlegung des Erbvertrages im Sinne Hartmanns dem Gesetz geradezu widerspricht. Denn mag sich auch der Verzichtsvertrag an die letztwillige Verfügung unmittelbar anschließen, so bleibt er doch ein von der letztwilligen Verfügung zu sonderndes Geschäft, ein Vertrag, der nach § 2302 nichtig ist. Es würde also nur die einseitige, frei widerrufliche, testamentarische letztwillige Verfügung übrig

[1]) Hellwig a. a. O. S. 627 II.

bleiben. Das einzige Zugeständnis, das Hellwig auf Grund des zit. Paragraph macht, ist, daß er sagt: „Sachlich ist die Formulierung Hartmanns richtig, aber formell wegen § 2302 bedenklich".[1]) Ich meine aber, auch eine andere Formulierung der Hartmannschen Theorie könnte die Bedenken, die aus § 2302 gegen diese Theorie sprechen, nicht beseitigen. Denn der Tatbestand des § 2302 wird bei jeder Formulierung der Theorie Hartmanns gegeben bleiben. Die Hartmannsche und Hellwigsche Theorie ist also zu verwerfen. Daß sich die Verhältnisse beim Testament und Erbvertrag im wesentlichen gleichmäßig gestalten, liegt daran, daß beide Rechtsgeschäfte den gleichen Zweck und den gleichen Inhalt haben. Bei der theoretischen Konstruktion aber darf man sich dadurch nicht irre leiten lassen, wie es offenbar Hartmann und Hellwig geschehen ist.

Endemann sieht im Erbvertrag mit Recht nur eine besondere, zum Zwecke der Unwiderruflichkeit als Vertrag konstruierte Form der Verfügung von Todeswegen.[2]) Doch vermißt er beim Erbvertrag Momente, die seiner Meinung nach bei jedem Vertrage im „materiellen Sinne" vorliegen müßten.

So diene der bloß annehmende Vertragsgegner nur als Formperson, um die Unwiderruflichkeit rechtlich zu begründen, er wirke deshalb nicht als materieller Vertragsgegner mit, weil es, was bei jedem Vertrage im „materiellen" Sinne notwendig sei, hier an der Verbindung zweier sich gegenüberstehender Interessensphären fehle.[3]) Meines Erachtens fehlt es daran durchaus nicht. Denn da der Vertragsgegner vernünftigerweise nicht als bloße Formperson vom Erblasser hinzugezogen wird, wie Endemann

[1]) Hellwig a. a. O. S. 599 Anm. 227.

[2]) Endemann, Einführung in das Studium des B.G.B., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. 3 § 57 S. 245,3.

[3]) Endemann a. a. O. Bd. 3 S. 245 Anm. 18.

allerdings annimmt,[1]) so wird es wohl deswegen geschehen, weil er dabei irgendwie interessiert ist, auch beim Erbvertrag zugunsten eines Dritten. Endemann spricht dem Erbvertrag auch deshalb den wahren Vertragscharakter ab, weil durch ihn kein sofortiges wirksames Recht erworben werde.[2]) Wenn Endemann fordert, daß durch einen Vertrag ein sofortiges wirksames Recht erworben werden müsse, so legt er bereits in den Vertragsbegriff ein Moment hinein, das zunächst nicht hineingehört. Es ist oben festgestellt worden, daß die Begründung sofortiger Ansprüche nicht zum Wesen des Vertrages gehöre. Das Wesen des Vertrages liegt in der Form des Geschäftes und nicht im Inhalt. Insofern können beide Kontrahenten beim Erbvertrage als Formpersonen bezeichnet werden.

Endemann selbst ist seiner Auffassung nicht treu. Er hält den Aufhebungsvertrag eines Erbvertrages für einen wahren Vertrag, weil der Vertragsgegner durch ihn die eigene oder die Anwartschaft eines Dritten auf ein Recht aufgebe.[3]) Dies steht in direktem Widerspruch zu seiner Behauptung, daß bei Abschluß eines Erbvertrages sich zwei Interessensphären nicht gegenüber stehen.

Der Erbvertrag ist also auch nach heutigem Recht als ein echter Vertrag anzusehen, und zwar ist er ein abstrakter Vertrag. Denn auch bei ihm tritt wie z. B. bei der Zession und Auflassung die beabsichtigte Wirkung durch den Vertragsabschluß allein ein, ohne Rücksicht darauf, worin der Zweck bestand, und ob er erreicht wird, m. a. W. ohne Rücksicht auf die zugrunde liegende causa.

Indessen ist die Frage streitig, in welchem Verhältnis die zugrunde liegende causa zu dem Erbvertrage selbst steht, ob der Erbvertrag mit Gegenleistung unter Lebenden geschlossen oder m. a. W. ob der Erbvertrag auch zu den

[1]) Endemann a. a. O. Bd. 3 S. 246.
[2]) Endemann a. a. O. Bd. 3 S. 245/246.
[3]) Endemann a. a. O. III S. 259 Anm. 21.

sog. entgeltlichen Rechtsgeschäften gezählt werden könne. Bei Beantwortung dieser Frage ist m. E. folgendermaßen zu erwägen. Der in einem Erbvertrage Eingesetzte oder mit einem Vermächtnis Bedachte soll nur dieselbe Rechtsstellung erlangen, die der inne hat, welcher auf Grund eines Testaments Erbe bezw. Legatar geworden ist. Der Vertragscharakter, die Zweiseitigkeit des Erbvertrages hat nur den Zweck, daß eine unwiderrufliche Verfügung von Todeswegen getroffen wird. Daraus folgt, daß die Veranlassung zum Abschluß des Erbvertrages nur dieselbe Berücksichtigung finden kann, wie das Motiv zur Errichtung eines Testaments. Der Erbvertrag kann also wohl mit Rücksicht auf eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung des Vertragsgegners abgeschlossen werden. Doch ist diese Verpflichtung ein selbständiges Rechtsgeschäft unter Lebenden. Eine Vereinigung eines Vertrages unter Lebenden mit einem Erbvertrage, einem Rechtsgeschäft von Todeswegen, zu einem gegenseitigen Vertrage nach Analogie des gegenseitigen Schuldvertrages ist in Hinsicht auf den grundverschiedenen Inhalt beider Geschäfte nicht möglich.

Beim Ausbleiben oder Wegfall des zum Abschluß des Erbvertrages bestimmenden Umstandes steht daher dem Erblasser grundsätzlich nur das Anfechtungsrecht aus § 2281 und das Rücktrittsrecht in dem besonderen Falle des § 2295 B.G.B. zu. — Diese Rechte genügen m. E. aber auch dem praktischen Bedürfnisse. Denn die nach § 2078 B.G.B. geforderte „irrige“ Erwartung des Eintrittes eines Umstandes liegt auch dann vor, wenn die Leistung, zu der sich der Vertragsgegner unter Lebenden verpflichtet hat, aus irgend einem Grunde ausbleibt oder wegfällt. Der Erblasser hat den Erbvertrag in der Erwartung abgeschlossen, daß die Leistung, zu der sich der Vertragsgegner verpflichtet hat, bewirkt werde. Bleibt die Leistung aus, dann war die Erwartung eben „irrig“.

In dem besonderen Falle des § 2285 B.G.B., wenn nämlich die erbvertragsmäßige Verfügung mit Rücksicht auf eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung des Bedachten, dem Erblasser für dessen Lebenszeit wiederkehrende Leistungen zu entrichten, insbesondere Unterhalt zu gewähren, getroffen ist, und die Verpflichtung vor dem Tode des Erblassers aufgehoben wird, gibt das Gesetz dem Erblasser ein Rücktrittsrecht.

Dieser Fall eines Erbvertrages mit einem zugrunde liegenden Rechtsgeschäft unter Lebenden kommt am häufigsten vor. Die Vorschrift des § 2295 B.G.B. war daher aus praktischen Rücksichten geboten.

Das B.G.B. steht offenbar selbst auf dem Standpunkte, daß ein Erbvertrag mit einem Rechtsgeschäft unter Lebenden nicht zu einem gegenseitigen Vertrage nach Analogie des gegenseitigen Schuldvertrages verbunden werden kann. Nur § 2295 B.G.B. handelt von einer Verbindung eines Erbvertrages mit einem Rechtsgeschäft unter Lebenden.

Die Fassung des Paragraphen läßt aber darauf schließen, daß das Rechtsgeschäft unter Lebenden mit dem Erbvertrage nicht einen einheitlichen Vertrag bildet. Es heißt nur, daß der Erbvertrag „mit Rücksicht“ auf eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung des Bedachten abgeschlossen worden ist.

Andernfalls würde das Gesetz eine merkliche Lücke in der Regelung des besonderen juristischen Gebildes, eines gegenseitigen Vertrages, bestehend aus einem Rechtsgeschäft unter Lebenden und einem Rechtsgeschäft von Todeswegen, aufweisen.

In einem inneren juristischen Verhältnisse stehen aber die beiderseitigen Verfügungen bei einem gemeinschaftlichen korrespektiven Testament und einem zweiseitigen Erbvertrag.

Hier liegen jedoch auf beiden Seiten gleichartige Willenserklärungen vor, hier haben wir eine Vereinigung

von zwei Rechtsgeschäften von Todeswegen. Die Verfügungen werden auch hier mit Rücksicht aufeinander getroffen. Wie oben fürs gemeinschaftliche Testament bereits ausgeführt ist und im nächsten Paragraphen für den gemeinschaftlichen Erbvertrag auszuführen ist, kommt dieses Verhältnis allerdings im Grunde genommen einem gegenseitigen Schuldvertrage gleich. Doch kann man nicht von einer Analogie mit dem gegenseitigen Schuldvertrage sprechen, da beim Erbvertrag bezw. gemeinschaftlichen korrespektiven Testament der Vertragsinhalt ganz anderer Art ist. Man kann daher auch nicht von Entgeltlichkeit wie bei den Schuldverträgen reden. Es liegt hier vielmehr ein besonderes gegenseitiges erbrechtliches Verhältnis vor. — Leistung und Gegenleistung wären bereits in der Vornahme der Verfügungen zu erblicken.

Hat der bloß annehmende Vertragsgegner bei einem einseitigen Erbvertrag eine Leistung gemacht, um den Erblasser dadurch zum Abschlusse des Erbvertrages zu bestimmen, so ist eine solche Leistung entweder eine bloße Schenkung, für die der Schenker einen Gegendienst erwartet, oder sie gilt als eine Leistung, mit der ein bestimmter Erfolg bezweckt wird. Ist letzteres der Fall, so wird der Erblasser, falls er vom Erbvertrage zurücktritt, verpflichtet sein, das Erhaltene nach den Grundsätzen des rechtlosen Vermögensüberganges herauszugeben haben. Denn in der Regel wird sich der andere Vertragsteil in einem dem Erbvertrage zugrunde liegenden Schuldvertrag zu einer Leistung nur mit Rücksicht darauf verpflichten, daß der Erbvertrag zustande kommt und fortbesteht.[1]) —

[1]) vgl. dazu auch Hellwig a. a. O. S. 607 A. 247; Endemann a. a. O. III § 58 A. 20; Schiffner a. a. O. S. 180 A. 7.

§ 4.

Der zweiseitige Erbvertrag.

Bei einem Erbvertrage, in dem beide Teile vertragsmäßige Verfügungen von Todeswegen treffen, ist jeder Teil zugleich Erblasser und annehmender Vertragsgegner, wie beim gegenseitigen Schuldvertrag jeder Kontrahent zugleich Berechtigter und Verpflichteter ist. Werden die Verfügungen bei einem solchen Erbvertrage unabhängig voneinander getroffen, so ist es nicht zweifelhaft, daß materiell zwei Erbverträge vorliegen, die nur äußerlich miteinander verbunden sind. Entsprechend dem gemeinschaftlichen Testament müßte man einen Erbvertrag mit vertragsmäßigen Verfügungen beider Teile als gemeinschaftlichen Erbvertrag bezeichnen.

Praktisch dürfte es indessen wohl kaum vorkommen, daß die Erblasser bei einem gemeinschaftlichen Testament und einem gemeinschaftlichen Erbvertrag ihre Verfügungen unabhängig voneinander treffen. Im Gegenteil wird es die Regel bilden, daß die beiderseitigen Verfügungen in einer Wechselbeziehung zueinander stehen.

Die Konstruktion der juristischen Natur dieser Rechtsgeschäfte macht jedoch, wie schon oben beim gemeinschaftlichen Testament ausgeführt ist, Schwierigkeiten.

Beim gemeinschaftlichen Erbvertrag liegt die Analogie der synallagmatischen Schuldverträge nahe. Doch ist zu beachten, daß beim gegenseitigen Schuldvertrag Verpflichtungen der Kontrahenten zu gegenseitigen Leistungen begründet werden, so daß das Verhältnis der gegenseitigen Abhängigkeit der beiderseitigen Verträge auch äußerlich sich kundgibt. Dies ist aber beim gegenseitigen Erbvertrag wegen des besonderen Inhalts der beiderseitigen Rechtsgeschäfte nicht möglich. Mit dem Abschluß des Vertrages ist die nötige Tätigkeit der Kontrahenten zur

Erreichung des beabsichtigten Zweckes erschöpft. Leistung und Gegenleistung wäre hier, wie oben bereits hervorgehoben ist, in der Vornahme der beiderseitigen Verfügungen überhaupt zu erblicken.

Tatsächlich beruht aber die Abhängigkeit beim gegenseitigen Erbvertrag auf demselben Grunde wie beim gegenseitigen Schuldvertrage, nämlich auf dem Motiv, das die Kontrahenten zur Vornahme der Rechtsgeschäfte bewegt. Beim gegenseitigen Schuldvertrage verpflichtet sich der eine mit Rücksicht auf die Verpflichtung des anderen, beim gegenseitigen Erbvertrag trifft der eine seine vertragsmäßige Verfügung von Todeswegen mit Rücksicht auf die vertragsmäßige Verfügung des anderen. In demselben Verhältnis stehen, wie oben gezeigt worden ist, aber auch die beiderseitigen Verfügungen in einem gemeinschaftlichen korrespektiven Testament. Das gemeinschaftliche korrespektive Testament kommt also dem gegenseitigen Erbvertrag tatsächlich gleich. In beiden Fällen liegt im Sinne der Testatoren ein gegenseitiger Vertrag erbrechtlichen Inhalts vor. Denn auch das gemeinschaftliche korrespektive Testament beruht wie der gegenseitige Erbvertrag auf einer Willenseinigung der Testatoren.

§ 5.

Der Rücktrittsvorbehalt bei dem Erbvertrage.

Solange man im Anschluß an die alten Vergabungen von Todeswegen den Erbvertrag als obligatorischen Vertrag auffaßte und ihn nach römischen Grundsätzen behandelte, tat der Widerrufsvorbehalt[1]) dem Wesen des Geschäftes keinen Abbruch, ebensowenig wie im deutschen

[1]) Im gemeinen Recht spricht man mehr vom Widerruf eines Erbvertrages als vom Rücktritt.

Rechtsverkehr vor der Rezeption des römischen Rechtes der Widerrufsvorbehalt bei den Vergabungen an deren Wesen etwas änderte.[1]) Aber auch Beseler, der die neue Auffassung des Erbvertrages zuerst eingehend begründete, findet im Rücktrittsvorbehalt gar nichts dem Wesen des Erbvertrages Widersprechendes. Bei der Behandlung der Aufhebung des Erbvertrages spricht sich Beseler[2]) über den Rücktrittsvorbehalt folgendermaßen aus: „Insofern die Gründe, welche die Aufhebung eines Erbeinsetzungsvertrages herbeiführen, in allgemeinen Rechtsgrundsätzen bestehen, deren Anwendung auf das vorliegende Geschäft sich fast von selbst macht, braucht hier keine Rücksicht genommen zu werden. Wenn z. B. der Promittent sich bis auf gewisse Zeit oder ganz unbeschränkt den Widerruf der Einsetzung frei gehalten hat, so erlischt das Geschäft durch die Ausübung dieser Befugnis, ohne daß man jedoch mit dem Preußischen Landrecht anzunehmen braucht, es sei von Anfang an ein Testament gewesen." Das Pr.A.L.R. bestimmt allerdings in I, 12 § 635: „Haben beide Teile sich die Befugnis, von dem Erbvertrage nach Gutbefinden abzugehen, vorbehalten, so wird das Geschäft nur als ein Testament angesehen."

Auch die Anhänger der Testamentstheorie legen folgerichtig dem Widerrufsvorbehalt die Bedeutung bei, daß das ganze Geschäft nur als Testament gelten soll.[3]) Ich finde es aber nicht, wie Hartmann,[4]) überspitzfindig, wenn vom Standpunkt der reinen Vertragstheorie aus gesagt wird, daß im Falle des vorbehaltenen Rücktritts an sich die Befugnis des Widerrufs entzogen sei und nur durch ein eigenes Rechtsgeschäft wieder eingeführt werde, während sie beim Testament von vornherein unaffiziert

[1]) Stobbe a. a. O. V § 298 S. 175 ff.; vgl. oben S. 2.
[2]) Beseler a. a. O. II, 1 § 11 S. 293/94.
[3]) Hartmann a. a. O. S. 48.
[4]) Hartmann a. a. O. S. 48/49.

bleibe.[1]) Wenn Hartmann[2]) darauf erwidert, der Erfolg sei doch in beiden Fällen regelmäßig ganz derselbe, so vermischt er die theoretische Konstruktion mit der tatsächlichen Wirkung.

Auch noch heute wird die Meinung vertreten, daß der Rücktrittsvorbehalt mit dem Wesen des Erbvertrages nicht vereinbar sei. So will Schiffner[3]) den Erbvertrag nur als bindenden Vertrag anerkennen. M. E. bedarf es erst gar nicht der besonderen Hervorhebung des Momentes der Bindung. Der Erbvertrag ist ein Vertrag, das genügt. Die Unwiderruflichkeit, die Bindung, ist als wesentliches Moment jedes Vertrages von vornherein gegeben. Die Befugnis, diese Wirkung, nämlich die Unwiderruflichkeit des Vertrages, zu beseitigen, kann nur durch ein besonderes Rechtsgeschäft, den Rücktrittsvorbehalt, erworben werden. Die durch den Vertragsschluß herbeigeführte Bindung bleibt — wenigstens der Theorie nach — zunächst bestehen und behält bis zur Ausübung des Rücktrittsrechts ihre Wirkung. Ob tatsächlich eine Bindung vorliegt, oder ob nicht der Erbvertrag mit Rücktrittsvorbehalt in der praktischen Wirkung schließlich dem Testament gleichkommt, ist für die theoretische Konstruktion ohne Bedeutung.

Es liegt aber auch gar keine Veranlassung vor, den Rücktrittsvorbehalt beim Erbvertrag auszuschließen. Denn wenn auch der Erbvertrag dem Bedürfnis entsprungen ist, eine bindende Verfügung von Todeswegen zu treffen, so müssen doch nicht alle Erbverträge definitiv bindend sein. Dem Bedürfnis ist dadurch Genüge geschehen, daß die Rechtsordnung die Vertragsform zur Schaffung eines Berufungsgrundes zugelassen hat. Es wäre aber eine un-

---

[1]) Kraus, Zeitschr. f. d. deutsche Recht Bd. 13 S. 133.
[2]) Hartmann a. a. O. S. 49.
[3]) Schiffner a. a. O. S. 10.

zweckmäßige Beschränkung des Rechtsverkehrs, wollte man beim Erbvertrag den Rücktrittsvorbehalt ausschließen, für dessen Zulässigkeit hier dieselben Rücksichten sprechen wie bei anderen Verträgen. Daß sich jede Partei bei einem Vertrage den Rücktritt vorbehalten kann, beruht doch auf dem Gedanken, daß dem Willen der Parteien soweit freier Spielraum gelassen werden muß, als es im Interesse der Rechtsordnung geschehen kann. Da beim Erbvertrag die definitive Wirkung erst mit dem Tode des Erblassers eintritt und der Erbvertrag die vermögensrechtlichen Verhältnisse für den Fall des Todes des Erblassers ordnet, ist es gerade zweckmäßig, dem Erblasser für die Ordnung der Verhältnisse so weit wie möglich freie Hand zu lassen. Ich kann es daher nicht wie Hellwig[1]) als einen „fehlerhaften Gedanken des Gesetzgebers" finden, wenn er auch über einen Erbvertrag mit Rücktrittsvorbehalt die besonderen Normen über den Erbvertrag angewandt wissen will, sondern als logische Konsequenz. Zu beachten ist auch die Entstehung des § 2293 B.G.B. Der erste Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch sprach die Zulässigkeit des Rücktrittsvorbehalts nicht besonders aus, sondern normierte in den §§ 1958 ff. gleich den Rücktritt für den Fall des Vorbehalts, zumal er keine anderen Rücktrittsgründe kannte. Die Motive[2]) zum Entwurf meinen ganz richtig, die etwaige Unzulässigkeit des Rücktrittsvorbehalts müßte gesetzlich ausgesprochen werden. Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht nun im § 2293 die Zulässigkeit des Rücktrittsvorbehalts noch besonders aus und will damit offenbar sagen, daß auch ein Erbvertrag mit Rücktrittsvorbehalt stets ein wahrer Erbvertrag bleibt.

Die Wirkung des Rücktrittsrechts ergibt sich aus der Wirkung des Erbvertrages selbst.

---

[1]) Hellwig a. a. O. S. 640.

[2]) Motive V S. 342.

Auch beim Schuldvertrag entspricht die Wirkung des Rücktrittsrechts der Wirkung des Vertrages. Wie der Vertrag persönliche Verpflichtungen der Kontrahenten begründet, um den beabsichtigten Zweck zu verwirklichen, so begründet die Aufhebung des Rücktrittsrechts persönliche Verpflichtungen, um die Wirkung wieder aufzuheben.[1])

Der Erbvertrag aber ist ein abstrakter Vertrag; er begründet keine obligatorischen Verpflichtungen der Kontrahenten, die beabsichtigte Wirkung wird vielmehr schon durch den Vertragsschluß allein herbeigeführt. Also kann auch nicht die Ausübung des Rücktrittsrechts persönliche Verpflichtungen zur Wiederherstellung des früheren Zustandes begründen, sondern macht die durch den Vertrag eingetretene Wirkung selbständig hinfällig. Die augenblickliche Wirkung, die der Abschluß des Erbvertrages zur Folge hatte, war die Begründung einer festen Anwartschaft auf ein Recht. Diese Anwartschaft wird durch den Rücktritt beseitigt. Der Rücktrittsvorbehalt beim Erbvertrag kommt demnach der Setzung einer auflösenden Bedingung gleich, und zwar einer Bedingung, deren Verwirklichung im Belieben des Erblassers steht. Wie beim Testament, so hängt auch bei einem Erbvertrag mit Rücktrittsvorbehalt der Bestand der Verfügungen von dem freien Belieben des Erblassers ab, dort auf Grund des Widerrufsrechts, hier auf Grund des Rücktrittsrechts. Ein Unterschied zwischen beiden Geschäften besteht nur in der Theorie. Die Natur beider auflösenden Rechte ist verschieden, entsprechend dem verschiedenen Rechtsgrunde, auf dem sie beruhen.

[1]) B.G.B. § 346.

Zweiter Teil.

Die Unterschiede im einzelnen.

§ 6.

Zulässigkeit.

Nach gemeinem Recht waren gemeinschaftliche Testamente der herrschenden Ansicht gemäß allgemein zulässig, wenn sie auch tatsächlich meist nur unter Eheleuten vorkamen.[1])

Von den Partikularrechten ließen das Württemberger Landrecht, der Codex Maximilianeus für Bayern und das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen gemeinschaftliche Testamente ebenfalls unbeschränkt zu.[2])

Dagegen schließt sie der Code civil völlig aus.[3])

Eine dritte Gruppe von Rechten ließ sie nur mit Beschränkungen zu. So waren nach dem Hamburger Stadtrecht von 1603 wechselseitige Testamente nur für Eheleute zulässig, ebenso nach dem Preußischen Allgemeinen Landrecht.[4])

---

[1]) Windscheid a. a. O. III § 568; Brinz a. a. O. § 370 Nr. 3.

[2]) Württemberger Landrecht III Tit. 7 §§ 1 u. 5; Cod. Maxim. Bav. III Kap. 4 § 10; Sächs. B.G.B. §§ 2199—2202, 2214.

[3]) Code civil Art. 968, 1097.

[4]) Hamburger Stadtrecht von 1603 III, 1 Art. 17; Pr. A.L.R. I 12 §§ 614—616; vgl. auch östr. G.B. §§ 583, 1248.

Aber auch da, wo gemeinschaftliche Testamente allgemein errichtet werden konnten, waren sie tatsächlich nur unter Eheleuten, bisweilen auch unter Geschwistern, in Brauch.[1])

Der Erbvertrag hatte im gemeinen Recht gewohnheitsrechtliche Geltung erlangt, ohne Beschränkung auf bestimmte Personen.[2])

Im Gegensatz zum gemeinen Recht waren in den Partikularrechten bis zum 18. Jahrhundert Erbverträge vornehmlich nur im Zusammenhange mit der Regelung ehelicher Verhältnisse anerkannt.[3])

So sind nach code civil Erbverträge nur in Verbindung mit Eheverträgen möglich.[4])

Ohne Beschränkung auf bestimmte Personen ließen den Erbvertrag das Bayrische Landrecht, das Preußische Allgemeine Landrecht und das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch zu.[5])

Nach heutigem Recht können gemeinschaftliche Testamente nur von Eheleuten — Verlobte sind ausgeschlossen — Erbverträge dagegen zwischen beliebigen Personen errichtet werden. Erbverträge sind besonders häufig praktisch unter Verlobten, während Ehegatten gemeinschaftliche Testamente zu machen pflegen. Das hat seinen Grund einmal darin, weil Verlobten nur diese Form gegenseitiger letztwilliger Verfügungen zu Gebote steht, und Ehegatten sich nicht fest binden wollen, sondern nur,

---

[1]) Fischer a. a. O. S. 54 Art. 1.

[2]) Seuff. Arch. III 183, IV 243, V 36, VII 204, VIII 120, 274. IX 319; vgl. jedoch Beseler a. a. O. II, 1 § 7 S. 200—203, der dieses Gewohnheitsrecht bestreitet und die Geltung der Erbverträge auf die bloße „communis doctorum opinio" stützt.

[3]) Stobbe a. a. O. I § 310; Motive V S. 310ff.

[4]) Code civil Art. 893, 1082, 1093, 1389.

[5]) Cod. Max. Bav. III, 11 § 1; Pr. A.L.R. I 12 §§ 617ff.; Sächs. G.B. §§ 2003, 2542, 2557.

solange ihre Harmonie besteht. Sodann spielt aber der Umstand dabei wohl die Hauptrolle, daß die noch freie Braut bezw. ihre Eltern sich sichern wollen und davon die Eheschließung abhängig machen.

§ 7.

Voraussetzungen in der Person der Beteiligten.

Wie nach früherem,[1] so ist auch nach heutigem Recht zum Abschluß eines Erbvertrages Geschäftsfähigkeit, für die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments Testierfähigkeit, nach Bürgerlichem Gesetzbuch also grundsätzlich nur das Alter von 16 Jahren erforderlich.[2] Der Unterschied fällt aber weg, wenn die Vertragsschließenden beim Erbvertrag Ehegatten oder Verlobte sind. Denn nach § 2275 Abs. 2 u. 3 B.G.B. kann auch ein in der Geschäftsfähigkeit beschränkter Ehegatte oder Verlobter als Erblasser mit dem anderen Ehegatten oder Verlobten einen Erbvertrag abschließen, freilich nur mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Für infolge Minderjährigkeit Geschäftsbeschränkte (§ 106 B.G.B.), Verlobte und Ehefrauen (vgl. § 1303 Abs. 2 B.G.B.) besteht mithin zum Abschluß eines Erbvertrages keine untere Altersgrenze. Im Gegensatz zum Testament kann also ein Erbvertrag auch von Personen unter 16 Jahren abgeschlossen werden.

Die Bestimmung des § 2275 Abs. 2 u. 3 B.G.B. entspricht den in den §§ 107 ff. und 114 B.G.B. gegebenen Vorschriften über die Wirksamkeit von Willenserklärungen Geschäftsbeschränkter überhaupt.

Es ergibt sich aber daraus ein Unterschied zwischen den in Frage stehenden Geschäften dahin, daß der Ab-

[1] Sächs. G.B. § 2545; Östr. G.B. § 545; Beseler a. a. O. § 10 S. 254—256; Dernburg a. a. O. III § 126; R.G. Bd. 35 S. 126.

[2] B.G.B. § 2229 Abs. 2.

schluß eines Erbvertrages durch einen wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigten möglich ist, während ein derartig Geschäftsbeschränkter bei der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments nie mitwirken kann.[1]) Daraus sind auch praktisch wichtige Folgerungen zu ziehen. Können nämlich Ehegatten ein gemeinschaftliches Testament nicht errichten, weil die Erfordernisse des § 2229 B.G.B. nicht gegeben sind, so können sie aber auf Grund des § 2275 Abs. 2 B.G.B. einen Erbvertrag mit Rücktrittsvorbehalt — allerdings nur mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters — abschließen, womit sie praktisch dasselbe erreichen wie durch ein gemeinschaftliches Testament.

Da im Falle des § 2275 Abs. 2 B.G.B. zur Wirksamkeit des von einem geschäftsbeschränkten Ehegatten oder Verlobten abgeschlossenen Erbvertrages nur die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nötig ist, so folgt daraus, daß ein ohne vorherige Zustimmung abgeschlossener Erbvertrag hinsichtlich der Wirksamkeit noch in der Schwebe ist, während ein von einem geschäftsbeschränkten[2]) Ehegatten errichtetes Testament als Teil eines gemeinschaftlichen Testaments von vornherein nichtig ist.[3])

Es zeigt sich demnach wieder ein Unterschied dahin, daß beim Erbvertrag die Wirksamkeitserfordernisse zeitlich auseinanderfallen können, während sie beim gemeinschaftlichen Testament stets schon bei der Errichtung vorhanden sein müssen. Hellwig ist freilich anderer Ansicht und fordert, daß die Voraussetzungen zur Wirksamkeit des Erbvertrages schon zur Zeit des Abschlusses vorliegen müssen, also auch im Falle des § 2275 Abs. 2 B.G.B. die

---

[1]) § 2229 Abs. 3 B.G.B.

[2]) Abgesehen von einem wegen Minderjährigkeit Geschäftsbeschränkten.

[3]) B.G.B. § 2229 Abs. 3.

Zustimmung des gesetzlichen Vertreters.[1]) Diese Forderung läßt sich aber aus dem Gesetze nicht herleiten, vielmehr versteht das B.G.B., wie aus den §§ 183, 184 klar hervorgeht, unter Zustimmung sowohl die vorherige Zustimmung als auch die nachträgliche Genehmigung. Auch Endemanns[2]) Vorschlag, den ohne die vorherige Zustimmung des gesetzlichen Vertreters abgeschlossenen Erbvertrag auf Grund des § 111 B.G.B. für nichtig zu erklären, muß vom Standpunkt der oben vertretenen Auffassung der juristischen Natur des Erbvertrages aus zurückgewiesen werden, weil der zitierte § 111 nur einseitige Rechtsgeschäfte betrifft.

§ 8.

Form.

Während das gemeinschaftliche Testament nach früherem Recht im allgemeinen denselben Formvorschriften, die für die Errichtung eines Einzeltestaments bestanden, unterlagen, konnte der Erbvertrag im Gebiet des gemeinen Rechts formlos abgeschlossen werden. Es genügte die einfache Vertragsform. Die Formlosigkeit des Erbvertrages ist mit Rücksicht auf seinen Inhalt vom gesetzgeberischen Standpunkt aus freilich zu verwerfen. Daß man nach gemeinem Recht für den Erbvertrag keine besondere Form verlangte, lag aber wohl daran, daß der Erbvertrag lange Zeit als Schuldvertrag, der den Nachlaß zum Gegenstande hat, aufgefaßt wurde, und daß die Quellen für die Behandlung der Erbverträge keinen Anhalt boten. Praktisch werden Einträge in Stadtbücher bezw. notarielle Urkunden, jedenfalls Schriftlichkeit in der Mehrzahl der Fälle beobachtet worden sein.

Die Partikularrechte verlangten dagegen für den

---

[1]) Hellwig a. a. O. S. 601 A. 232.

[2]) Endemann a. a. O. III S. 253.

Erbvertrag meist eine bestimmte Form.[1]) So fordert das Bayrische Landrecht gerichtlichen Abschluß.[2]) Der Code civil verlangt Testamentsform oder die Form für Schenkungen unter Lebenden.[3]) Auch das preußische Recht unterwarf den Erbvertrag der ordentlichen Form der Testamente.[4])

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch stehen dem gemeinschaftlichen Testament sämtliche ordentliche und außerordentliche Testamentserrichtungsformen offen.

Dagegen sind für den Erbvertrag privatschriftliche Errichtung, sowie entsprechende Anwendung der außerordentlichen Errichtungsformen eines Testaments ausgeschlossen.

Der Erbvertrag kann nur bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor einem Richter oder Notar abgeschlossen werden.[5])

Wird das gemeinschaftliche Testament privatschriftlich errichtet, so entfällt auf Grund des § 2267 B.G.B. sogar das Erfordernis gleichzeitiger Errichtung durch beide Testatoren, während es bei Abschluß des Erbvertrages stets gegeben sein muß. § 2267 bestimmt: „Zur Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments nach § 2231 Nr. 2 genügt es, wenn einer der Ehegatten das Testament in der dort vorgeschriebenen Form errichtet, und der andere Ehegatte die Erklärung beifügt, daß das Testament auch als sein Testament gelten solle. Die Erklärung muß unter Angabe des Ortes und Tages eigenhändig geschrieben und unterschrieben werden."

Es herrscht Streit darüber, ob ein privatschriftliches gemeinschaftliches Testament überhaupt nicht bloß in der Form des § 2267 B.G.B. möglich ist.

---

[1]) Stobbe a. a. O. V § 311 S. 286ff.
[2]) Cod. Max. Bav. III, 1161 Nr. 10.
[3]) Code civil Art. 1093.
[4]) Pr. A.L.R. I 12 §§ 621—623.
[5]) § 2276 B.G.B.

Letztere Ansicht wird bei Fischer - Henle,[1]) von Jastrow,[2]) Löwenwald,[3]) Eichhorn,[4]) vertreten und scheint nach den Protokollen[5]) auch von der zweiten Kommission geteilt worden zu sein.

Diese Ansicht ist indessen nicht richtig.

Zunächst ist aus dem Wortlaut des Gesetzes „es genügt" zu schließen, daß hiermit nur eine Vereinfachung für das privatschriftliche gemeinschaftliche Testament geschaffen werden sollte. Diese Vereinfachung erscheint mit Rücksicht auf die Natur des gemeinschaftlichen korrespektiven Testaments, das ja wohl die Regel bilden wird, geboten. — Das Charakteristische des gemeinschaftlichen Testaments liegt, wie auch § 2267 klar zeigt, darin, daß äußerlich wohl 2 Akte unterschieden werden sollen, daß aber diese beiden Akte ihrem Inhalte nach ein einheitliches Ganze darstellen. Als Erfordernisse für ein holographisches gemeinschaftliches Testament sind daher m. E. ganz allgemein nur die aufzustellen, daß die Gemeinschaftlichkeit der beiderseitigen Erklärungen äußerlich irgendwie hervortritt und daß die inhaltliche Zusammengehörigkeit der Erklärungen sich deutlich kundgibt.

Dies ist aber auch dann der Fall, wenn jeder Ehegatte das ganze Testament eigenhändig schreibt und die beiderseitigen Erklärungen in einen äußerlichen Zusammenhang gebracht werden, oder wenn jeder Teil die von ihm getroffenen Verfügungen niederschreibt und am Schlusse Datum und Unterschrift hinzufügt.[6])

---

[1]) Fischer-Henle, B.G.B. § 2267a.

[2]) v. Jastrow, Formularbuch und Notariatsrecht I S. 290 II S. 293.

[3]) Löwenwald, Die gem. Testamente im B.G.B. mit eingehender Berücksichtigung der bisherigen Rechtssysteme (1899) S. 85.

[4]) Eichhorn, Das Testament S. 153.

[5]) Protokolle S. 7342 Bd. 5 S. 429.

[6]) Frommhold, Erbrecht § 2267 Art. 3; Strohal, Erbrecht S. 179 Art. 4; Ritgen bei Planck § 2267 Nr. 3.

Wird für das gemeinschaftliche Testament die öffentliche Form gewählt, so bestehen grundsätzlich keine Unterschiede zum Erbvertrage, weil nach § 2276 B.G.B. die für die öffentliche Errichtung von Testamenten gegebenen Vorschriften der §§ 2233—2245 auf den Abschluß des Erbvertrages Anwendung finden.

Wie beim Erbvertrag, so ist aber auch bei der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments in öffentlicher Form gleichzeitige Anwesenheit beider Teile notwendig, sonst würde ja kein gemeinschaftlicher Errichtungsakt vorliegen. Die Streitfrage, die sowohl fürs gemeinschaftliche Testament als auch für den gemeinschaftlichen Erbvertrag besteht, nämlich, ob auf Grund des § 2238 B.G.B. der eine Teil seinen letzten Willen mündlich erklären, der andere seine Verfügungen aber schriftlich übergeben kann, ist in beiden Fällen zu verneinen.[1]) Da es sich in beiden Fällen um einen äußerlich einheitlichen Rechtsakt handelt, kann die Errichtungsform für beide Teile nur ein und dieselbe sein, wenn auch zuzugeben ist, daß die grundsätzlich vorgeschriebene Form der Errichtung vor Richter und Notar auch in den zweifelhaften Fällen gewahrt ist.

Ein Unterschied in der Form des Erbvertrages zur Form eines öffentlichen gemeinschaftlichen Testaments kann aber dann vorliegen, wenn die Kontrahenten beim Erbvertrag Ehegatten oder Verlobte sind und der Erbvertrag mit einem Ehevertrage in derselben Urkunde verbunden wird. Denn für letzteren Fall genügt die für den Ehevertrag vorgeschriebene Form des § 1434 B.G.B.[2]) Es fällt also die Notwendigkeit der Mitwirkung zweier Zeugen oder eines Gerichtsschreibers weg (§ 2233 B.G.B.).

Endemanns Ansicht, daß bei Wahl der Form des

---

[1]) vgl. dagegen Schiffner a. a. O. S. 116/17.

[2]) B.G.B. § 2276 Abs. 2.

zit. § 1434 auch das Erfordernis des persönlichen Abschlusses durch die Erblasser entfallen könnte.[1]) halte ich für irrig. Denn § 2274 B.G.B., der persönliche Abschließung des Erbvertrages durch den Erblasser vorschreibt, steht als allgemeiner Grundsatz über den besonderen Formvorschriften.

Man sieht aber, wie sich schon oben bei der Untersuchung der persönlichen Erfordernisse zeigte, daß für den Erbvertrag im Verhältnis zum gemeinschaftlichen Testament Erleichterungen bestehen, wenn die Kontrahenten Ehegatten oder Verlobte sind.

Ist der Erbvertrag abgeschlossen und das öffentliche gemeinschaftliche Testament errichtet, so kann sich nun das weitere Schicksal der beiden Urkunden verschieden gestalten. Ein öffentliches gemeinschaftliches Testament ist nach § 2246 B.G.B. immer zu verschließen und in besondere amtliche Verwahrung zu bringen, für den Erbvertrag ist Verschluß und besondere amtliche Verwahrung nicht vorgeschrieben, kann vielmehr auf Verlangen der Parteien unterbleiben.[2]) Wird der Erbvertrag mit einem anderen Vertrage in derselben Urkunde verbunden, so kann diese Urkunde nur auf besonderen Antrag verschlossen und in besondere amtliche Verwahrung genommen werden.[3])

Dieser eben festgestellte Unterschied hat auch einen Unterschied bezüglich der Eröffnung des gemeinschaftlichen Testaments und des Erbvertrages zur Folge.

Nach § 2300 B.G.B. finden nämlich die für die Eröffnung eines gemeinschaftlichen Testaments gegebenen Vorschriften des § 2273 Satz 2 und 3 auf den Erbvertrag nur dann Anwendung, wenn er sich in besonderer amtlicher

---

[1]) Endemann a. a. O. III S. 255.
[2]) B.G.B. § 2277 Abs. 1.
[3]) B.G.B. § 2277 Abs. 2.

Verwahrung befindet. Das aber braucht, wie gezeigt worden ist, beim Erbvertrag nicht immer der Fall zu sein.

Der Erbvertrag unterliegt also im allgemeinen strengeren Formvorschriften als das gemeinschaftliche Testament. — Das gemeinschaftliche Testament kann nur in den Formen, die für letztwillige Verfügungen gegeben sind, errichtet werden, der Erbvertrag kann dagegen unter Umständen auch in der Form eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden abgeschlossen werden. — Beim gemeinschaftlichen Testament ist öffentliche und private Errichtung möglich, der Erbvertrag kann nur öffentlich abgeschlossen werden. — Das gemeinschaftliche Testament kann niemals formell mit anderen Geschäften verbunden werden, dagegen der Erbvertrag mit anderen Verträgen.

§ 9.

Inhalt.

Das gemeinschaftliche Testament kann jede Art letztwilliger Verfügungen enthalten, wie ein einseitiges Testament, neben Bestimmungen über den Nachlaß auch familienrechtliche Anordnungen.[1])

Vertragsmäßig können dagegen nur bestimmte letztwillige Verfügungen getroffen werden, und zwar Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen.[2])

Ein Unterschied im Inhalt wird praktisch aber kaum vorliegen, insbesondere wenn das gemeinschaftliche Testament korrespektiv ist.[3]) Letzteres wird, wie schon hervorgehoben, wohl meistens der Fall sein.

---

[1]) B.G.B. § 1516 Abs. 3.
[2]) B.G.B. § 1941 Abs. 1, § 2278 Abs. 2.
[3]) vgl. bes. § 2270 Abs. 3.

Korrespektivität.

§ 10.

Voraussetzungen.

Oben ist dargetan worden, daß ein gemeinschaftliches korrespektives Testament und ein gemeinschaftlicher Erbvertrag mit Rücktrittsvorbehalt ihrem Wesen nach ineinander übergehen. Die gleiche Natur beider Rechtsgeschäfte und damit der erbvertragliche Charakter des gemeinschaftlichen Testaments tritt vor allem in der gegenseitigen Wechselbeziehung, der Korrespektivität, der beiderseitigen Verfügungen klar hervor.

Die Voraussetzungen für die Korrespektivität im früheren Recht sind bereits im allgemeinen Teil eingehend erörtert worden.[1]) Als Resultat ergab sich, daß gemeinschaftliche Testamente der Eheleute, in welchen sich dieselben gegenseitig allein oder mit anderen zu Erben einsetzen oder sich den lebenslänglichen Genuß ihres Nachlasses zuwenden und auf den Fall des Todes des Letztlebenden gemeinschaftliche oder inhaltlich übereinstimmende Verfügungen treffen, auch ohne besondere Bestimmung der Testatoren im Zweifel für korrespektiv zu erachten sind.

Korrespektivität der Verfügungen eines gemeinschaftlichen Erbvertrages nahm man ohne weiteres ziemlich allgemein an,[2]) und zwar wohl nach Analogie des gegenseitigen Schuldvertrages und auf Grund einer jahrhundertelangen historischen Entwicklung.

Nach heutigem Recht ist die Korrespektivität von Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments auf Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen beschränkt.[3])

---

[1]) vgl. oben S. 6 ff.
[2]) Schiffner a. a. O. S. 37.
[3]) § 2270 B.G.B.

Für den Erbvertrag war diese ausdrückliche Beschränkung nicht nötig, da er ja überhaupt nur Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen zum Gegenstande haben kann.[1])

In beiden Fällen darf Korrespektivität nur dann angenommen werden, wenn dies dem Willen der Parteien entsprechen würde.[2]) Um diesen Willen festzustellen, gibt das Gesetz bei beiden Rechtsgeschäften dem Richter eine Auslegungsregel an die Hand.

Die beiden Auslegungsregeln sind jedoch verschieden.

Beim gemeinschaftlichen Testament kann im Zweifel Korrespektivität nur in zwei Fällen angenommen werden, nämlich wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken, oder wenn dem einen Ehegatten von dem anderen eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Überlebens des Bedachten eine Verfügung zugunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahe steht.[3])

Für den gemeinschaftlichen Erbvertrag hebt das Bürgerliche Gesetzbuch nicht bestimmte Verfügungen hervor, die im Zweifel als korrespektive anzusehen wären. Aus den Bestimmungen des § 2298 B.G.B. ist zu schließen, daß im Zweifel sämtliche Verfügungen eines gemeinschaft-

---

[1]) § 2278 Abs. 2 B.G.B.

[2]) §§ 2270, 2298 Abs. 3 B.G.B.

[3]) § 2270 Abs. 2 B.G.B. Der Wortlaut dieser Bestimmung läßt nicht klar erkennen, von wem die Verfügung zugunsten des Dritten getroffen sein soll. Falsch ist die Auffassung Frommholds (a. a. O. § 2270 Anm. 2b), daß sie nur von dem erstverstorbenen Teile getroffen werde. Denn dann würde es an der begrifflichen Voraussetzung der Korrespektivität fehlen, nämlich daran, daß jeder Ehegatte eine Verfügung getroffen hat. Es handelt sich vielmehr um solche Verfügungen über den Nachlaß des überlebenden Teils, die dem Grunde nach von beiden Ehegatten gemeinschaftlich getroffen werden, wenn sie sich auch formell nur als Verfügungen des mit der Zuwendung bedachten überlebenden Ehegatten darstellen.

lichen Erbvertrages als zueinander im Verhältnis der Korrespektivität stehend angesehen werden können.

Es wird die Ansicht vertreten, daß die Vorschriften des § 2298 nicht eine Auslegungsregel, sondern vielmehr eine Vermutung im Rechtssinne enthalten.[1]) Ritgen meint allerdings, der Begriff der Auslegungsregel und derjenige der Vermutung, soweit es sich um den Sinn einer Willenserklärung handele, decke sich. Das ist richtig, insofern beide sich als Erfahrungssätze des Lebens darstellen.

Der Unterschied zeigt sich aber in ihrer Wirkung im Prozeß. Die Vermutung stellt den Erfahrungssatz und damit das vermutliche Rechtsverhältnis als allgemein begründet hin und hat einen direkten Einfluß auf die Behauptungs- bezw. Beweisslast, bewirkt also eine Bindung der richterlichen Beweiswürdigung. Liegen die Tatsachen, auf welche die Vermutung gegründet wird, wirklich vor, dann muß der Richter das vermutliche Rechtsverhältnis als gegeben ansehen. Anders verhält es sich mit der Auslegungsregel. Sie stellt kein Rechtsverhältnis auf Grund bestimmter Tatsachen als allgemein begründet hin. Sie will den Richter bei der Beurteilung eines Rechtsverhältnisses nur unterstützen und hat daher nur einen mittelbaren Einfluß auf die Behauptungs- und Beweislast. Die Auslegungsregel für Annahme der Korrespektivität ist also beim gemeinschaftlichen Testament und beim Erbvertrag verschieden. Die Voraussetzung für die Korrespektivität überhaupt bleibt indessen in beiden Fällen dieselbe, nämlich die, daß die Verfügung des einen mit Rücksicht auf die Verfügung des anderen getroffen ist.

---

[1]) Ritgen bei Planck a. a. O. V § 2270 Zif. 4.

§ 11.

Wirkung der Korrespektivität vor dem Tode des Erstversterbenden.

Wie schon nach früherem Recht, so besteht auch nach heutigem Recht die Bedeutung der Korrespektivität bei Lebzeiten beider Erblasser darin, daß die Unwirksamkeit einer Verfügung infolge Nichtigkeit oder Widerruf bezw. Rücktritt kraft Vorbehalts auch die korrespektive Verfügung hinfällig macht.[1])

§ 12.

Wirkung der Korrespektivität nach dem Tode des Erstversterbenden.

Im früheren Recht herrschte über die Wirkung der Korrespektivität nach dem Tode eines Erblassers viel Streit.

Die Verfügungen des Verstorbenen sind endgültig wirksam geworden, und es erhebt sich nun die Frage, ob der Überlebende sein Widerrufsrecht und beim Erbvertrag das Rücktrittsrecht, falls es vorbehalten ist, noch ausüben darf.

Solange man die beiden Rechtsgeschäfte nur nach römischem Recht behandelte, war es allgemeine Ansicht, daß der Überlebende sein Widerrufs- bezw. Rücktrittsrecht behalte.[2])

Doch empfand man bald, daß es nicht der Billigkeit entspreche, wenn der Überlebende seine Verfügungen noch frei widerrufen könne.

---

[1]) Windscheid a. a. O. III § 568 A. 5; Dernburg a. a. O. III § 97; Fischer a. a. O. S. 80; B.G.B. §§ 2270 Abs. 1, 2298 Abs. 1.

[2]) Hartmann a. a. O. S. 177; Fischer a. a. O. S. 88, 89.

Man suchte daher eine Bindung des Überlebenden zu konstruieren, und zwar so, daß man im Antritt der Erbschaft des Verstorbenen seitens des Überlebenden einen Quasikontrakt erblickte, durch den sich der Überlebende gewissermaßen vertragsmäßig verpflichte, den gemeinsamen letzten Willen ungeändert zu lassen.[1])

Dieser Ausweg hilft aber nichts, denn eine wahre vertragsmäßige Bindung wird dadurch nicht herbeigeführt. Fischer bemerkt dazu treffend, mit einem Verstorbenen könne man nicht kontrahieren.[2])

Vom römischen Recht aus läßt sich in der Tat eine Bindung des Überlebenden nicht konstruieren. Deshalb darf man aber nicht, wie Hartmann und Windscheid, den Gedanken einer Bindung des Überlebenden an seine Verfügungen endgültig verwerfen.[3])

Denn er entspricht, wie die geschichtliche Entwicklung zeigt, zweifellos dem Rechtsbewußtsein des Volkes.

Es ist immer zu beachten, daß die in Frage stehenden Rechtsgeschäfte nicht römische Institute, sondern lediglich aus dem älteren deutschen Recht hervorgegangen sind. Das römische Recht fand darauf nur als fremdes, unpassendes Gewand, als Zwangsjacke, Anwendung.

Beim gemeinschaftlichen Testament ist in Wirklichkeit ein Vertrag in die Form für letztwillige Verfügungen eingekleidet.

In der Absicht der Erblasser liegt es, daß die Verfügungen nebeneinander stehen und fallen sollen. Wenn die Verfügungen des einen wirksam geworden sind, dann sollen auch die Verfügungen des anderen verwirklicht werden. Das entspricht dem Wesen des Vertrages. Es würde den Grundsätzen von Treu und Glauben wider-

---

[1]) Mühlenbruch bei Glück a. a. O. 38 S. 238.

[2]) Fischer a. a. O. S. 69.

[3]) Windscheid a. a. O. III § 568 A. 5; Hartmann a. a. O. S. 128f.

sprechen, wenn der Überlebende seine Verfügungen noch ohne weiteres aufheben könnte, während die Verfügungen des anderen dessen Einwirkung endgültig entzogen sind. Diesen Anforderungen von Treu und Glauben kann die Rechtsordnung hier aber nur gerecht werden, wenn sie zwei bestehenden Rechten ihre Wirksamkeit nimmt, und zwar beim gemeinschaftlichen Testament dem Widerrufsrecht, beim gemeinschaftlichen Erbvertrag dem vorbehaltenen Rücktrittsrecht.

So hat sich denn auch schon im gemeinen Recht, mangels gesetzlicher Bestimmung aber entsprechend der Rechtsüberzeugung des Volkes und der Billigkeit in der Rechtsprechung folgende Regel gebildet: der überlebende Ehegatte ist nach endgültigem Erwerb der Zuwendung des Erstverstorbenen an den gesamten Inhalt des korrespektiven Testaments gebunden, soweit sich nicht im einzelnen eine andere übereinstimmende Willensmeinung ergibt. Ein einseitiger Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments durch den überlebenden Ehegatten ist daher auch bezüglich der eignen Verfügungen nichtig.[1])

Da die Bindung des Überlebenden erst nach endgültigem Erwerb der Zuwendungen des Vorverstorbenen eintritt, ist sie also im gemeinen Recht aufschiebend bedingt. Die Bindung tritt demnach nicht ein, wenn der Überlebende seinerseits auf die Zuwendungen des Verstorbenen verzichtet.

Das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt ausdrücklich, daß mit dem Tode des einen Erblassers beim gemeinschaftlichen korrespektiven Testament das Widerrufsrecht, beim gemeinschaftlichen Erbvertrag das vorbehaltene Rücktrittsrecht des Überlebenden erlischt.[2]) Für beide Fälle ist aber auch die gleiche Möglichkeit gegeben,

---

[1]) R.G. 6 S. 174, 38 S. 214, 41 S. 169; Seuff. Arch. 20 Nr. 232, 41 Nr. 196, 34 Nr. 312, 40 Nr. 29, 45 Nr. 258.

[2]) B.G.B. §§ 2271 Abs. 2, 2298 Abs. 2.

daß die erloschenen Rechte wieder aufleben. Dies kann zunächst dann geschehen, wenn der Überlebende „das ihm Zugewendete“ ausschlägt.[1]) Für den Erbvertrag heißt es in § 2298 Abs. 2: wenn er das ihm durch den Vertrag Zugewendete ausschlägt. Frommhold[2]) und Schiffner[3]) behaupten, daß damit auch die im Erbvertrag enthaltenen einseitigen Verfügungen getroffen werden. Ich halte diese Ansicht für falsch, weil die einseitigen Verfügungen bloß in einem rein äußeren Zusammenhange mit den vertragsmäßigen stehen.

Die Ausdehnung der Vorschrift des § 2298 Abs. 2 Satz 2 auch auf die einseitigen Verfügungen widerspricht dem Wesen und Zweck dieser Vorschrift. Sie dient nur zum Schutze der korrespektiven vertragsmäßigen Verfügungen.

Wenn es in § 2298 Abs. 1 und Abs. 2 auch heißt, daß die Nichtigkeit einer vertragsmäßigen Verfügung die Unwirksamkeit des ganzen Vertrages zur Folge hat und daß durch den Rücktritt eines der Vertragsschließenden der ganze Vertrag aufgehoben wird, so will damit nur gesagt sein, daß die vertragsmäßigen Verfügungen eines gemeinschaftlichen Erbvertrages untereinander im Zweifel sämtlich als korrespektiv zu erachten sind. Der Zusatz im Wortlaut des Gesetzes „durch den Vertrag“ spricht grade für die hier vertretene Auffassung. Dieser Zusatz will zweifellos nur ausdrücken, daß das vertragsmäßig Zugewendete gemeint ist. Wäre dieser Zusatz weggelassen worden, dann hätten eher Zweifel entstehen können. Er

---

[1]) B.G.B. §§ 2271 Abs. 2, 2298 Abs. 2; das Erlöschen des Widerrufs- bezw. Rücktrittsrechts und damit die Bindung des Überlebenden ist also nach heutigem Recht im Gegensatz zum gemeinen Recht auflösend bedingt.

[2]) Frommhold a. a. O. § 2298, 3b.

[3]) Schiffner a. a. O. S. 189.

war aber nötig, weil in einem Erbvertrage sowohl zweiseitige als auch einseitige letztwillige Verfügungen getroffen werden können. — Bei einem gemeinschaftlichen Testament bedurfte es einer näheren Bestimmung, welche Zuwendungen der Überlebende zum Zwecke der Wiedererlangung des Widerrufsrechts ausschlagen müßte, nicht. Es brauchte also nicht, entsprechend der Bestimmung für den gemeinschaftlichen Erbvertrag, heißen: wenn er das ihm durch das Testament Zugewendete ausschlägt. Denn beim gemeinschaftlichen Testament sind ja nur testamentarische, äußerlich einseitige, Verfügungen möglich. Überdies würde, wie schon hervorgehoben, die Erstreckung der fraglichen Bestimmungen auch auf die nicht korrespektiv gemachten Zuwendungen dem Zwecke dieser Vorschriften widersprechen.

§ 2271 B.G.B. handelt überhaupt nur von den korrespektiven Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments. Ebenso hat § 2298 nur die korrespektiven vertragsmäßigen Verfügungen zum Gegenstande, weil eben bei einem gemeinschaftlichen Erbvertrage im Zweifel sämtliche vertragsmäßige Verfügungen für untereinander korrespektiv anzusehen sind.

Ferner heißt es in den §§ 2271 und 2298, daß der Überlebende seine Verfügung dann aufheben könne, wenn er das ihm Zugewendete ausschlägt. Es bleibt daher zweifelhaft, wie es mit dem Wiederaufleben des Widerrufs bezw. Rücktrittsrecht bestellt ist, wenn einem Dritten allein oder neben dem Überlebenden etwas zugewendet ist. — Ich würde folgendermaßen entscheiden:

a) Ist der Dritte Nach- oder Ersatzerbe des Überlebenden und nimmt er die Zuwendung, die der Überlebende ausgeschlagen hat, an, dann nützt letzterem seine Ausschlagung nichts, denn die Zuwendung fällt dem Dritten kraft der gemeinsamen Verfügung zu. Die jetzt zugunsten des Dritten wirksam gewordene Verfügung ist als eine solche anzusehen, mit Rücksicht auf welche der Über-

lebende seinerseits verfügt und sich dem Verstorbenen gegenüber gebunden hat.[1])

b) Ist dem Dritten allein zugewendet, so muß man auf Grund der Bestimmungen der §§ 2271 und 2298 folgendermaßen schließen:

Grundsätzlich erlischt das Widerrufs- und Rücktrittsrecht mit dem Tode eines Erblassers. Ausnahmsweise lebt es wieder auf, wenn eine bestimmte Bedingung eintritt, und zwar, wenn der Überlebende das ihm Zugewendete ausschlägt. Ist ihm nichts zugewendet, so kann er auch nichts ausschlagen; es kann also auch nicht die Bedingung für die Ausnahme eintreten, folglich bleibt das Widerrufs- und Rücktrittsrecht erloschen. —

c) Ist dem Dritten neben dem Überlebenden etwas zugewendet, und schlägt der Überlebende allein aus, so wäre formell die Bedingung für das Wiederaufleben des Widerrufs- bezw. Rücktrittsrechts erfüllt. Sollte diese Ausschlagung dem Überlebenden aber das Widerrufs- bezw. Rücktrittsrecht wiederverschaffen, so könnte das unter Umständen der Billigkeit widersprechen, z. B. wenn der Dritte eine viel größere Zuwendung erhalten hat, als der Überlebende. Daß durch die Ausschlagung seitens des Überlebenden auch die Zuwendung an den Dritten hinfällig werden solle, wie Ritgen annimmt,[2]) ist m. E. unmöglich. Denn mit dem Tode des Erblassers hat der Vertragsgegner jeden Einfluß auf die Verfügung zugunsten des Dritten verloren, weil der Dritte das Recht schon unmittelbar erworben hat. Außerdem aber sind die beiden Zuwendungen, die an den Überlebenden und die an den Dritten, im Sinne des verstorbenen Erblassers nicht voneinander zu trennen, sondern sie zusammen bilden die korrespektive Verfügung, mit Rücksicht auf welche der

---

[1]) vgl. Hellwig a. a. O. S. 648.

[2]) Ritgen bei Planck § 2271 IVb. S. 506.

verstorbene Erblasser die Verfügungen des Überlebenden getroffen wissen wollte.

Dem Überlebenden ist, wie ich meine, nach Sinn und Wortlaut des Gesetzes das Widerrufs- bezw. Rücktrittsrecht auch selbst dann nicht zuzugestehen, wenn beide Zuwendungen ausgeschlagen werden, die an den Überlebenden und die an den Dritten.

Denn die auflösende Bedingung, die das Gesetz dem Erlöschen des Widerrufs- bezw. Rücktrittsrechts setzt, beruht doch offenbar auf dem Gedanken, daß das Widerrufs- bezw. Rücktrittsrecht dann wieder aufleben könnte, wenn der Überlebende seinerseits will, daß auch die von dem Vorverstorbenen korrespektiv getroffenen Verfügungen nicht zur Ausführung kommen sollen.

Der Wille und daher die Ausschlagung eines Dritten aber ist ohne Bedeutung.

Es wäre daher zweckmäßig gewesen, auch den durch den Tod des verstorbenen Erblassers wirksam gewordenen Erwerb des Dritten von einer Willensentscheidung des Überlebenden auflösend bedingt zu machen.

Eine weitere zweifelhafte Frage ist es, welche Bedeutung die Bestimmung des § 2298 Abs. 3 für den Satz 3 des Abs. 2 des zit. § 2298 B.G.B. hat, und ob sich daraus vielleicht ein Unterschied des gemeinschaftlichen Erbvertrages zum gemeinschaftlichen Testament ergibt, da sich für letzteres eine gleiche Bestimmung nicht findet.

Ritgen nimmt an, daß der Satz 3 des Abs. 2 im Abs. 3 des § 2298 mitzitiert, also ebenfalls als bloße Auslegungsregel anzusehen ist.[1] Darnach soll also auch die vermutliche Absicht der Parteien, den Vorbehalt des Rücktritts nur auf die Lebenszeit beider Teile zu beschränken, wirksam sein und damit die in Satz 3 des Abs. 2 festgesetzte Ausnahme vom Erlöschen des Rücktrittsrechts ausschließen können.

[1]) Ritgen bei Planck a. a. O. § 2298 Ziff. 4 S. 554.

Ich halte diese Annahme für irrig. Der fragliche Satz 3 ist vielmehr ein „zwingender" Rechtssatz. Beim gemeinschaftlichen Testament kann diese Streitfrage bezüglich des Widerrufsrechtes nicht entstehen. Da ist es klar, daß der Überlebende stets widerrufen kann, wenn er das ihm Zugewendete ausgeschlagen hat.

Beim gemeinschaftlichen Testament findet sich aber die Bestimmung, daß nur der Wille der Ehegatten für die Annahme der Korrespektivität maßgebend sein soll, nur bei der Regelung der Voraussetzungen der Korrespektivität, nicht bei der Regelung der Wirkungen, die in einem besonderen Paragraphen behandelt sind. Beim gemeinschaftlichen Testament ist es zweifellos, daß der Wille der Erblasser nur soweit zu berücksichtigen ist, um festzustellen, ob Korrespektivität und damit deren Wirkung gewollt ist. Die Ausnahmebestimmung des § 2271 Abs. 2 Satz 2 ist vom mutmaßlichen Willen der Erblasser unabhängig, sie ist eine „zwingende" Vorschrift. Ebenso muß es beim gemeinschaftlichen Erbvertrag mit vorbehaltenem Rücktrittsrecht sein. Daß dies aber für die Bestimmung des § 2298 Abs. 2 Satz 3 erst noch bestritten werden kann, liegt daran, daß für den gemeinschaftlichen Erbvertrag Voraussetzungen und Wirkungen der Korrespektivität zusammen in einem Paragraphen geregelt werden. Das aber geschah deshalb, weil beim gemeinschaftlichen Erbvertrag von vornherein nicht nur bestimmte, wie beim gemeinschaftlichen Testament, sondern alle Verfügungen im Zweifel für korrespektiv zu erachten sind.

Es wird erst keine positive Vorschrift gegeben, welche Verfügungen eines gemeinschaftlichen Erbvertrages für korrespektiv anzusehen sind. Vielmehr werden gleich die Wirkungen der Korrespektivität normiert, und an den Schluß wird der Abs. 3 des § 2298 hinzugefügt, um eine Auslegungsregel dahin zu begründen, daß bei einem gemeinschaftlichen Erbvertrage im Zweifel alle vertrags-

mäßigen Verfügungen unter sich korrespektiv sind. Nur diese Bedeutung hat der Abs. 3 des § 2298. Also auch die Ausnahmebestimmung des § 2298 Abs. 2 Satz 3 ist ebenso zwingend, wie die des § 2271 Abs. 2 Satz 1. Wollen die Erblasser den Vorbehalt des Rücktritts nur auf ihre Lebenszeit beschränken, so müssen sie das ausdrücklich tun.

Wirkungen.

§ 13.

Wirkung für die Bedachten.

Im gemeinen Recht bestand ungefähr bis zu Beselers Zeiten entsprechend der herrschenden Auffassung des Erbvertrages ein grundsätzlicher Unterschied in den Wirkungen beider Geschäfte für den Bedachten. Stryke[1]) ist noch der Ansicht, daß der Vertragserbe durch den Vertragsschluß ein unmittelbares Recht am gegenwärtigen Vermögen des Erblassers erwerbe, ein „ius reale hereditarium sine traditione". Dagegen erwerben die in einem gemeinschaftlichen Testament Bedachten nur eine frei widerrufliche Anwartschaft auf ein zukünftiges Erbrecht bezw. Forderungsrecht.

Dieser Unterschied zwischen beiden Geschäften fiel jedoch mit dem Umschwung, der in der Auffassung des Erbvertrages eintrat, weg. Schon im preußischen Allgemeinen Landrecht ist es ausgesprochen, daß der Vertragserbe kein sofortiges Recht, sondern wie der Testamentserbe nur die Anwartschaft auf ein künftiges Recht erlangt.[2])

Ein Unterschied aber besteht in der Beschaffenheit der Anwartschaft in beiden Fällen. Dieser Unterschied beruht auf der verschiedenen Natur der die Anwartschaft

---

[1]) vgl. bei Beseler a. a. O. II, 1 S. 245 f.

[2]) Pr. A.L.R. I, 12 §§ 1, 2, 617.

begründenden Geschäfte. Die testamentarische Anwartschaft ist frei widerruflich, weil sie durch eine einseitige letztwillige Verfügung herbeigeführt wird; die durch den Erbvertrag geschaffene Anwartschaft ist einseitig nicht frei widerruflich, weil ihr ein Vertrag zugrunde liegt.

Dieser Unterschied ist der Theorie nach auch für einen Erbvertrag mit Rücktrittsvorbehalt aufrecht zu erhalten. Denn bei diesem Erbvertrag wird die Möglichkeit, die Anwartschaft wieder zunichte zu machen, erst durch ein besonderes Rechtsgeschäft begründet; der Rücktrittsvorbehalt beruht auf einer neuen, besonderen Willenseinigung beider Teile.

Auch nach heutigem Recht erwirbt der in einem Erbvertrag Bedachte nur die Anwartschaft auf ein künftiges Recht.[1])

§ 14.

Wirkung auf die Fähigkeit der Erblasser zu Rechtsgeschäften unter Lebenden.

Im gemeinen Recht schloß man zunächst entsprechend der Auffassung des Erbvertrages als eines Vertrages, der den Nachlaß zum Gegenstande habe, jede Verfügungsbefugnis des Vertragserblassers über sein Vermögen aus.[2])

Als man aber erkannte, daß durch den Erbvertrag im Grunde genommen nur dasselbe, wie durch ein Testament bezweckt werde, nämlich nur eine Anwartschaft auf ein Recht zu begründen, sah man auch ein, daß der Vertragserblasser wie der Testamentserblasser grundsätzlich die volle Verfügungsfreiheit über sein Vermögen unter Lebenden behalten müsse.

---

[1]) B.G.B. § 1941.

[2]) Hartmann a. a. O. S. 54.

Doch wurde auch schon im gemeinen Recht die Frage aufgeworfen, ob nicht der Vertragserbe gegen dolosen Mißbrauch dieser Verfügungsbefugnis des Erblassers zu schützen sei. Hartmann[1]) freilich weist vom Standpunkt seiner Theorie aus jede Einwirkung auf Verfügungen des Erblassers unter Lebenden zurück.

Beseler[2]) jedoch betont, man müsse festhalten, daß der Erbvertrag unter dem Prinzip des Vertrages stehe, dessen innerste Natur jetzt allgemein die Berücksichtigung der bona fides verlange, dem guten Glauben aber widerstreite jede Handlung eines Kontrahenten, welche darauf ausgehe, den beabsichtigten Erfolg indirekt zu vereiteln.

Wie weit aber der Schutz des Vertragserben gehen soll, ist im früheren Recht verschieden beantwortet worden. So gestattet das preußische Recht dem künftigen Vertragserben, Schenkungen, die der Erblasser wegen Übermaßes zu widerrufen berechtigt wäre, innerhalb der gesetzlichen Zeit auch dann zu widerrufen, wenngleich der Erblasser sich dieses Widerrufsrechts ausdrücklich begeben hatte.[3])

Der Code civil erklärt schlechthin dolose Schenkungen und Veräußerungen für anfechtbar.[4]) Die gemeinrechtliche Praxis gewährte gegenüber dolosen entgeltlichen Veräußerungen ein Anfechtungsrecht.[5])

Auch das Bürgerliche Gesetzbuch schützt den Vertragserben gegen dolus des Erblassers. Der Grundsatz, daß der Vertragserblasser wie der Testamentserblasser unter Lebenden frei verfügen kann, wird nicht durchbrochen. Hat aber der Vertragserblasser gewisse Verfügungen nur in der Absicht, den Bedachten zu beeinträchtigen, getroffen, so gibt das Gesetz dem Bedachten ein Mittel an die

---

[1]) Hartmann a. a. O. S. 57.
[2]) Beseler a. a. O. § 10 S. 260.
[3]) Pr. A.L.R. I, 12 § 625.
[4]) Code civil Art. 1083, 1093.
[5]) R.G. 28 S. 175.

Hand, die beabsichtigte beeinträchtigende Wirkung wieder aufzuheben. § 2287 B.G.B. schützt den Vertragserben gegen dolose Schenkungen und § 2288 B.G.B. den Vertragslegatar gegen Handlungen, die den vertragsmäßig beredeten Erfolg vereiteln sollen.

Es besteht also ein wichtiger Unterschied in der Rechtsstellung des Vertragserben nach Anfall der Erbschaft von der des Testamentserben.

Hat der Erblasser in der Absicht, den Vertragserben zu beeinträchtigen, eine Schenkung gemacht, so kann der Vertragserbe von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes fordern.[1]) Auch in der Stellung des Vertrags- und Testamentslegatars besteht demnach ein Unterschied. Denn nach zit. § 2288 hat der Vertragslegatar, wenn der Erblasser den vermachten Gegenstand in der Absicht, den Bedachten zu beeinträchtigen, veräußert oder belastet hat, gegen den Erben den Anspruch, daß ihm der Gegenstand verschafft oder die Belastung beseitigt werde. Hat der Erblasser den Gegenstand beiseite geschafft, zerstört oder beschädigt, so ist von den Erben dem Vertragslegatar der volle Wert zu leisten. Daraus folgt wieder der Unterschied, daß ein testamentarisches Vermächtnis eines speziell bestimmten Gegenstandes unwirksam ist, wenn sich der Gegenstand zur Zeit des Erbfalles nicht in der Erbschaft befindet, oder doch nur ausnahmsweise und nicht gegen den Willen des Erblassers Surrogation eintritt,[2]) während beim Vertragsvermächtnis nach zit. § 2288 Surrogation selbst dann stattfindet, wenn kein Verschaffungsvermächtnis vorliegt.

Die Vorschriften der §§ 2287, 2288 B.G.B. gelten zwar grundsätzlich auch für einen Erbvertrag mit Rücktrittsvorbehalt, doch dürften sie für einen solchen Erbver-

---

[1]) B.G.B. § 2287.
[2]) B.G.B. § 2169.

trag kaum zur Anwendung kommen, da in diesem Falle den Umständen nach von einer Beeinträchtigungsabsicht in der Regel wohl nicht gesprochen werden kann. Dem Erblasser steht es ja frei, den ganzen Erbvertrag durch Ausübung des Rücktrittsrechts hinfällig zu machen. Sollte aber der Erblasser die in den §§ 2287, 2288 genannten Handlungen nur zur Umgehung des Rücktritts vorgenommen haben, damit z. B. die Verfügung des anderen (wegen § 2298) nicht auch unwirksam werde, dann stehen die in den §§ 2287, 2288 bezeichneten Rechte auch dem in einem Erbvertrag mit Rücktrittsvorbehalt Bedachten zu.

Dieser Fall ist also nur bei einem gemeinschaftlichen Erbvertrag möglich, und zwar für den überlebenden bedachten Erblasser.

Ist ein gemeinschaftlicher Erbvertrag mit beiderseitigem Rücktrittsvorbehalt abgeschlossen worden und ist einer der Erblasser gestorben, dann kommen die Vorschriften der §§ 2287, 2288 zweifellos für den durch den überlebenden Erblasser Bedachten in Betracht. Denn mit dem Tode des einen Erblassers ist ja das Rücktrittsrecht des anderen erloschen.

Ebenso erlischt aber auch das Widerrufsrecht des überlebenden Erblassers, der mit einem anderen ein gemeinschaftliches korrespektives Testament errichtet hat. Es drängt sich daher die Frage auf, ob nicht die Vorschriften der §§ 2287, 2288 auch für den durch den überlebenden Erblasser eines gemeinschaftlichen korrespektiven Testaments Bedachten anzuwenden seien. Es fehlt zwar an einer derartigen ausdrücklichen Bestimmung im Bürgerlichen Gesetzbuche, ich würde mich aber für die Anwendung der §§ 2287, 2288 entscheiden, weil es der Natur der Sache und der Billigkeit nur entspricht.

Die Verfügungen des überlebenden Erblassers sind unwiderruflich geworden, sie unterscheiden sich also im wesentlichen von den erbvertragsmäßigen tatsächlich nicht.

Übrigens gewährte schon die gemeinrechtliche Praxis dem in einem gemeinschaftlichen korrespektiven Testament durch den überlebenden Erblasser Bedachten denselben Schutz wie dem Vertragserben.[1])

§ 15.

Wirkung auf frühere und spätere letztwillige Verfügungen.

Durch ein gemeinschaftliches Testament wird eine frühere letztwillige Verfügung nach § 2258 Abs. 1 B.G.B. nur insoweit aufgehoben, als das neue Testament mit ihr „in Widerspruch steht". — Ein Erbvertrag dagegen hebt eine frühere letztwillige Verfügung schon insofern und insoweit auf, als die frühere Verfügung das Recht des vertragsmäßig Bedachten „beeinträchtigen" würde (§ 2289 Abs. 1 B.G.B). Praktisch wird wohl beides auf dasselbe hinauskommen. Denn wenn eine frühere Verfügung den später nochmals Bedachten „beeinträchtigt", so wird man sagen müssen, daß sie mit der späteren Verfügung „im Widerspruch steht".

Die Vorschrift des § 2289 Abs. 1 S. 1 B.G.B. ist auch auf einen Erbvertrag mit Rücktrittsvorbehalt anzuwenden. Man darf etwa nicht schließen, der Rücktritt sei vorbehalten, daher könne man nicht von einer Beeinträchtigung des Rechts sprechen. Denn das vertragsmäßig begründete Recht wird durch den Rücktrittsvorbehalt nicht berührt. —

Die Aufhebung der früheren letztwilligen Verfügung nach § 2289 Abs. 1 Satz 1 ist allerdings nicht absolut. Ist das Moment der Beeinträchtigung nicht gegeben, was dann der Fall ist, wenn der Bedachte vor dem Erblasser stirbt, ausschlägt oder der Erblasser sein Rücktrittsrecht ausübt, so ist die letztwillige Verfügung wirksam. Die Aufhebung ist also nur aufschiebend bedingt. Auf spätere letzt-

[1]) R.G. 41 S. 169.

willige Verfügungen hat ein gemeinschaftliches Testament zunächst grundsätzlich keinen Einfluß. Dagegen ist für den vertragsmäßig Bedachten schon im gemeinen Recht anerkannt worden, daß er vom Erblasser nicht einseitig durch nachträgliche Beschwerung mit Vermächtnissen beeinträchtigt werden kann.[1])

Auch Schenkungen auf den Todesfall durch den Erblasser waren nach der herrschenden Ansicht unzulässig.[2]) Der Vertragslegatar durfte nicht durch nachträgliche Zuwendung derselben species an einen Dritten eine Schmälerung erfahren.[3])

Ebenso sind nach heutigem Recht im Gegensatz zum gemeinschaftlichen Testament die auf einen Erbvertrag folgenden Verfügungen von Todes wegen unwirksam, wenn sie den in einem Erbvertrage Bedachten beeinträchtigen würden.[4])

Wie § 2289 Abs. 1 Satz 1, so findet auch der Satz 2 auf einen Erbvertrag mit vorbehaltenem Rücktrittsrecht uneingeschränkte Anwendung. Man darf auch hier nicht sagen, daß eine spätere letztwillige Verfügung keine Beeinträchtigung enthalten kann, da ja der Bedachte den Rücktrittsvorbehalt mitgewollt und damit in eine einseitige völlige Aufhebung des Erbvertrages durch den Erblasser eingewilligt hat. Darauf wäre zu erwidern, das einzige Mittel, die erbvertragsmäßige Verfügung in ihrem Erfolge einseitig zu vereiteln, ist die Ausübung des vorbehaltenen Rücktrittsrechts. Das zweiseitig begründete Recht bezw. die Anwartschaft darauf kann auf andere Weise einseitig nicht beeinflußt werden. Das ist die Folge der gewählten Geschäftsform.

---

[1]) Stobbe a. a. O. V § 299 Art. 14; Glück Bd. 44 S. 197 ff.; Seuff. Archiv XVIII Nr. 96.

[2]) Hartmann a. a. O. S. 56; Seuff. Archiv XXIX Nr. 44, XL Nr. 216.

[3]) Hartmann a. a. O. S. 81 ff.

[4]) B.G.B. § 2289.

Wie oben bei der Frage nach dem Schutze des erbvertragsmäßig Bedachten gegen dolose Beeinträchtigung durch den Erblasser sich die Frage aufdrängte, ob nicht dem in einem korrespektiven gemeinschaftlichen Testament durch den überlebenden Erblasser Bedachten nach dem Tode des verstorbenen Erblassers der gleiche Schutz zuzubilligen sei, so liegt es nahe, auch die korrespektiven testamentarischen Verfügungen des überlebenden Erblassers hinsichtlich ihres Einflusses auf spätere Verfügungen von Todeswegen desselben wie erbvertragsmäßige Verfügungen zu behandeln. Da der Widerruf ausgeschlossen ist, könnte allerdings ein Testament, soweit es den Verfügungen des gemeinschaftlichen Testaments widerspricht, so wie so nicht errichtet werden. Beschränkungen und Beschwerungen des Bedachten wären aber formell möglich, denn juristisch fallen sie nicht unter den Begriff des Widerrufs, tatsächlich können sie jedoch dasselbe erreichen.

Schon nach gemeinem Recht sollten solche Änderungen unwirksam sein. [1])

Man muß das aber auch fürs heutige Recht fordern.

Der Schutz des § 2271 Abs. 1, 2 B.G.B. könnte sonst dadurch illusorisch gemacht werden, daß zur Beseitigung der nun unwiderruflich bleibenden Verfügung eine andere juristische Form gewählt wird.

Überdies, wenn Abs. 3 des zit. § 2271 nur eine bestimmte einseitige Änderung gestattet, so kann man daraus schließen, daß andere Änderungen nicht statthaft sein sollen.

Mit demselben Recht kann man auch folgern, daß die Vorschriften über den Widerruf eines korrespektiven Testaments überhaupt auf Änderungen der fraglichen Art anzuwenden seien, auch bei Lebzeiten des anderen Vertragsteils.

---

[1]) R.G. 41 S. 169.

Dann müßte bei Lebzeiten beider Erblasser für ein korrespektives Testament eine spätere Verfügung nur wirksam sein, wenn auch die Form des Widerrufs gewahrt ist, so daß also außer der letztwilligen Verfügung noch die Form des Widerrufs nach § 2271 B.G.B. zu beobachten ist.

Die Untersuchung der Wirkungen eines gemeinschaftlichen Testaments und eines gemeinschaftlichen Erbvertrages mit Rücktrittsvorbehalt ergibt also kurz folgendes Resultat:

Die Wirkung für die beiderseitig Bedachten ist bei beiden Geschäften tatsächlich dieselbe, insofern die durch beide Geschäfte begründete Anwartschaft der Bedachten auf ein Recht durch die Erblasser beliebig entzogen werden kann. Ist je ein Erblasser gestorben, ohne vom Widerrufs- bezw. Rücktrittsrecht Gebrauch gemacht zu haben, so ist die Rechtsstellung der von den Verstorbenen Bedachten verschieden, da dem vertragsmäßig Bedachten die Rechte aus den §§ 2287, 88 zustehen.

Dagegen ist die Rechtsstellung der durch die überlebenden Erblasser Bedachten die gleiche, wenn das gemeinschaftliche Testament korrespektiv ist. Denn die Vorschriften der §§ 2287, 88 sind auf letzteres auszudehnen.

Hinsichtlich der Wirkung für die Erblasser ergibt sich ein umgekehrtes Verhältnis:

Bei Lebzeiten der Erblasser ist die Wirkung in beiden Fällen für sie insofern verschieden, als für die Erblasser eines gemeinschaftlichen Testaments die Vorschriften des § 2289 B.G.B. nicht gelten.

Allerdings kann man durch Auslegung zu der Forderung kommen, daß auch bei einem korrespektiven gemeinschaftlichen Testament die Wirksamkeit späterer letztwilliger Verfügungen noch von der Beobachtung der besonderen Form des Widerrufs nach § 2271 Satz 1 ab-

hängig zu machen sei. Diese Form kommt der des Rücktritts vom Erbvertrag gleich, so daß damit ein Unterschied wegfallen würde.

Nach dem Tode eines Erblassers ist die Wirkung für die überlebenden Erblasser bei beiden Geschäften dieselbe, wenn das gemeinschaftliche Testament korrespektiv ist.

§ 16.

Einfluß von Willensmängeln.

Man muß unterscheiden, daß beim gemeinschaftlichen Testament nur zwei, beim gemeinschaftlichen Erbvertrag vier juristisch erhebliche Willenserklärungen vorliegen.

Nach gemeinem Recht gelten bei Erbverträgen hinsichtlich des Einflusses von Willensmängeln des Erblassers dieselben Grundsätze wie für Testamente.[1]) Fürs preußische Recht ist dasselbe aus Pr. A.L.R. I, 12 § 621 zu folgern.

Für die Willenserklärung des bloß annehmenden Vertragsgegners kommen bezügl. Willensmängel selbstverständlich nur die Vertragsgrundsätze zur Anwendung.

Nach heutigem Recht ist zunächst auf Grund der allgemeinen Vorschriften über den Einfluß von Willensmängeln die Wirkung der Mentalreservation und des Scherzes (§§ 116 Satz 1, 118 B.G.B.) bei beiden Geschäften dieselbe.

Im Gegensatz zum Testament kommen aber von den allgemeinen Vorschriften für den Erbvertrag auch die §§ 116 Satz 2 und 117 in Betracht, weil die erbvertragsmäßige Verfügung eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist.

Die Nichtigkeitsgründe sind also beim Erbvertrag zahlreicher, da noch die Simulation und die Mentalreser-

[1]) Hartmann a. a. O. S. 53.

vation in dem Falle, wenn der andere den Vorbehalt kennt, hinzukommen. In der Praxis werden diese Fälle freilich kaum vorkommen.

Die Anfechtungsgründe sind für beide Geschäfte gleich, nämlich die in den §§ 2078, 2079 B.G.B. aufgeführten. Die Anfechtung selbst kann sich aber beim Erbvertrag anders gestalten wie beim Testament.

§ 17.

Anfechtung.

Im Gegensatz zum Testament ist beim Erbvertrag eine Anfechtung durch den Erblasser möglich.[1]) Ein Testament kann nur nach dem Tode des Erblassers durch die Erbinteressenten angefochten werden.

Natürlich sind beim Erbvertrag nach dem Tode des Erblassers auch die Erbinteressenten anfechtungsberechtigt, doch nur unter der Voraussetzung, daß der Erblasser zur Zeit seines Todes noch das Anfechtungsrecht hatte.[2]) Hat also der Erblasser die Anfechtungsfrist nach § 2283 Abs. 1 versäumt oder den anfechtbaren Erbvertrag bestätigt, so ist sein Anfechtungsrecht erloschen und somit auch das der Erbinteressenten.

Bei der Frage nach der Person desjenigen, dem gegenüber die Anfechtung der Erbinteressenten zu erklären ist, zeigt sich bei beiden Geschäften ein Unterschied dann, wenn es sich um die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung handelt, die nicht unter den § 2081 Abs. 1 und 3 fällt, z. B. also die Anordnung eines Vermächtnisses.

Ist diese Verfügung in einem Testament geschehen, dann bestimmt sich der Anfechtungsgegner aus § 143 Abs. 4; es ist also jeder, der auf Grund der Verfügung einen rechtlichen Vorteil erlangt hat.

---

[1]) B.G.B. § 2281.
[2]) B.G.B. § 2285.

Ist dagegen die Verfügung erbvertragsmäßig erfolgt, so bestimmt sich der Anfechtungsgegner aus § 143 Abs. 2 B.G.B.; es ist also stets der andere Vertragsteil, und falls dieser gestorben ist, seine Erben.

Im übrigen gestaltet sich, abgesehen von der Anfechtung des Erbvertrages durch den Erblasser, die Anfechtung eines Testaments und eines Erbvertrages gleich, weil für beide die Vorschriften der §§ 2078 ff. grundsätzlich zur Anwendung kommen.[1])

Wie schon oben bei anderen Erörterungen muß auch hier hinsichtlich des Anfechtungsrechts die Frage aufgeworfen werden, ob nicht der überlebende Erblasser eines korrespektiven gemeinschaftlichen Testaments ebenso wie der Erbvertragserblasser zu behandeln sei. Ich bin für Bejahung dieser Frage. Daß dem Vertragserblasser das Anfechtungsrecht zustehen muß, beruht doch nur auf dem Gedanken, daß er seine Verfügungen einseitig nicht mehr aufheben kann. Letzteres ist aber auch für den überlebenden Erblasser eines korrespektiven gemeinschaftlichen Testaments der Fall.

Die Bedenken, die Dahlmann[2]) gegen die Gewährung des Anfechtungsrechts dem überlebenden Erblasser eines korrespektiven Testaments geltend macht, sind bedeutungslos.

Die Vorschriften über die Anfechtung des Erbvertrages seitens des Erblassers lassen sich ohne Schwierigkeiten analog anwenden.

Darnach würde das Anfechtungsrecht des überlebenden Erblassers mit dem Zeitpunkt des Todes des erstverstorbenen Erblassers beginnen.

Sind dem Überlebenden Anfechtungsgründe schon zur

---

[1]) B.G.B. § 2279.

[2]) Dahlmann, Über die Unterschiede zwischen einem gemeinschaftlichen Testament und einem Erbvertrage unter Ehegatten nach dem B.G.B., Freiburger Diss. 1901, S. 38 ff.

Zeit, als der andere noch lebte, bekannt gewesen, so beginnt die Anfechtungsfrist von einem Jahre[1]) mit dem Zeitpunkte an zu laufen, in dem die Unwiderruflichkeit des Testamentes des Überlebenden eingetreten ist, also mit dem Tode des erstverstorbenen Erblassers. Auch würde das Anfechtungsrecht der Erbinteressenten von dem Bestande des Anfechtungsrechts des überlebenden Erblassers abhängig sein.

Folgerichtig müßte auch eine Bestätigung der anfechtbaren Verfügungen durch den überlebenden Erblasser möglich sein.[2]) Dahlmann[3]) hebt hervor, es würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der Überlebende so lange, bis es ihm gefällt, sein Anfechtungsrecht auszuüben, den Vorteil der Verfügungen des Verstorbenen ziehen könne.

Letzteres ist allerdings nicht zu umgehen; beim gemeinschaftlichen Erbvertrag ist es aber ganz ebenso. Übrigens hat der Überlebende den gezogenen Vorteil nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung wieder herauszugeben.[4])

§ 18.

Aufhebung.

Einseitig wird das gemeinschaftliche Testament bezw. die Verfügung eines Erblassers grundsätzlich durch Widerruf nach den Vorschriften der §§ 2254—2258 B.G.B., der Erbvertrag dagegen durch Rücktritt in der Form des § 2296 Abs. 2 B.G.B. aufgehoben. Das Widerrufsrecht ist beim Testament von vornherein gegeben, der Erbvertrag ist dagegen mit seinem Abschluß an sich unwider-

---

[1]) B.G.B. § 2283 Abs. 1.
[2]) B.G.B. § 2284.
[3]) Dahlmann l. c.
[4]) B.G.B. § 812.

ruflich geworden, das Rücktrittsrecht wird erst durch ein besonderes Rechtsgeschäft begründet.

Der Rücktritt ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, der Widerruf dagegen grundsätzlich nicht.

Der Widerruf einer korrespektiven testamentarischen Verfügung erfolgt aber in gleicher Weise wie der Rücktritt vom Erbvertrag, also auch durch gerichtlich oder notariell beurkundete Erklärung.

Im übrigen kann ein korrespektives gemeinschaftliches Testament beider Erblasser nur zweiseitig aufgehoben werden, wie der Erbvertrag.[1])

Unter zweiseitiger oder gemeinschaftlicher Aufhebung versteht das B.G.B., wie aus § 2291 hervorgeht, jede Art der Tätigkeit beider Erblasser zur Herbeiführung der Aufhebung der Verfügungen. Gemeinschaftliche Aufhebung liegt also auch dann vor, wenn der eine Teil zur Aufhebung durch den anderen nur seine Zustimmung zu geben hat.[2])

Die gemeinschaftliche Aufhebung eines gemeinschaftlichen Testaments kann also erfolgen durch Vernichtung der Urkunde im beiderseitigen Einverständnis,[3]) durch gemeinschaftliche Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung nach den §§ 2272, 2256 B.G.B., durch Errichtung eines neuen, dem früheren widersprechenden gemeinschaftlichen Testaments,[4]) durch Abschluß eines Erbvertrages,[5]) dadurch, daß der eine mit Zustimmung des anderen eine neue, seiner früheren widersprechende, Verfügung von Todeswegen errichtet. Letzteres kommt wegen der Bestimmung des § 2271 Abs. 1 Satz 2 be-

---

[1]) B.G.B. § 2271 Abs. 1.

[2]) Diese Feststellung ist für den Sinn des Satz 2 des § 2271 Abs. 1 wichtig.

[3]) B.G.B. § 2255.

[4]) B.G.B. § 2254.

[5]) B.G.B. § 2289.

sonders für ein korrespektives gemeinschaftliches Testament in Betracht.

Ein Erbvertrag kann gemeinschaftlich aufgehoben werden durch einen Aufhebungsvertrag[1]) und durch ein gemeinschaftliches Testament, wenn die Kontrahenten Ehegatten sind.[2]) Eine vertragsmäßige Verfügung, durch die ein Vermächtnis oder eine Auflage angeordnet ist, kann von dem Erblasser mit Zustimmung des anderen Vertragsschließenden auch durch Testament aufgehoben werden.[3])

§ 19.

Ergebnis.

Das Resultat der vorstehenden Untersuchungen läßt sich in der Hauptsache kurz folgendermaßen zusammenfassen:

Ein gemeinschaftliches Testament und ein sog. einseitiger Erbvertrag haben zunächst nur das gemeinsam, daß beim Abschluß beider Geschäfte zwei Personen mitwirken. Bei einem einseitigen Erbvertrag werden wie bei einem Testament Verfügungen von Todeswegen jedoch nur von einem Erblasser getroffen. Die Rechtsnatur der testamentarischen und erbvertragsmäßigen Verfügungen ist aber grundverschieden. Die Verfügungen eines Testaments sind einseitige, die des Erbvertrages wahrhaft vertragsmäßige Rechtsgeschäfte. Der Rücktrittsvorbehalt beeinträchtigt die juristische Natur des Erbvertrages nicht, bewirkt aber, daß der Erbvertrag dem Testament tatsächlich gleichkommt.

Beim gemeinschaftlichen korrespektiven Testament sind die Willenserklärungen der Erblasser

---

[1]) B.G.B. § 2290.
[2]) B.G.B. § 2292.
[3]) B.G.B. § 2291.

äußerlich einseitige Rechtsgeschäfte. Indessen beruhen diese Willenserklärungen auf einer Willenseinigung beider Erblasser und stehen in einer besimmten Wechselbeziehung zueinander. Durch diese Wechselbeziehung der beiderseitigen Verfügungen zueinander stellt sich das gemeinschaftliche korrespektive Testament im Grunde genommen als ein gegenseitiger Vertrag dar und kommt einem gegenseitigen Erbvertrag gleich. Diese Feststellung des Vertragscharakters des gemeinschaftlichen korrespektiven Testaments wird auch durch die geschichtliche Entwicklung desselben unterstützt. Die gemeinschaftlichen Testamente sind aus den gegenseitigen Vergabungen von Todeswegen, die wahre gegenseitige Verträge unter Lebenden waren, entstanden. Der Vertragscharakter der alten Geschäfte von Todeswegen hat sich auch nach dem Eindringen des römischen Rechts auf die Geschäfte von Todeswegen mit neuer Form und neuem Inhalt übertragen.

Es ist daher verkehrt, das gemeinschaftliche Testament als Unterart des Testaments zu behandeln. Es steht dem Erbvertrag näher.

Dogmatisch und systematisch wäre es mithin im Gegensatz zum System des Bürgerlichen Gesetzbuches richtiger, als Hauptgegensatz das einseitige Testament und die zweiseitigen Verfügungen von Todeswegen zu unterscheiden und dann die letzteren der Einteilung in vollkommene Erbverträge und gemeinschaftliche Testamente zu unterwerfen.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Ich, Alfons Proske, Sohn des Volksschullehrers Albert Proske und seiner † Ehefrau Valeska geb. Höflich in Ratibor, bin am 12. Januar 1881 in Ratibor geboren. — Ich bin preußischer Staatsangehörigkeit und katholischer Religion. Ich besuchte das humanistische Gymnasium in Ratibor und bestand daselbst Ostern 1900 die Reifeprüfung. Von Ostern 1900 bis Ostern 1903 studierte ich an den Universitäten München (S.S. 1900), Berlin (W.S. 1900/1, S.S. 1901 und W.S. 1901/2), Breslau (S.S. 1902 und W.S. 1902/3) Rechts- und Staatswissenschaften.

Am 8. Juli 1903 bestand ich bei dem Kgl. Oberlandesgericht in Breslau die erste juristische Prüfung.

Am 25. Juli 1903 trat ich meinen Vorbereitungsdienst bei dem Kgl. Amtsgericht in Lewin an und wurde nach 9 Monaten dem Kgl. Landgericht in Ratibor überwiesen.